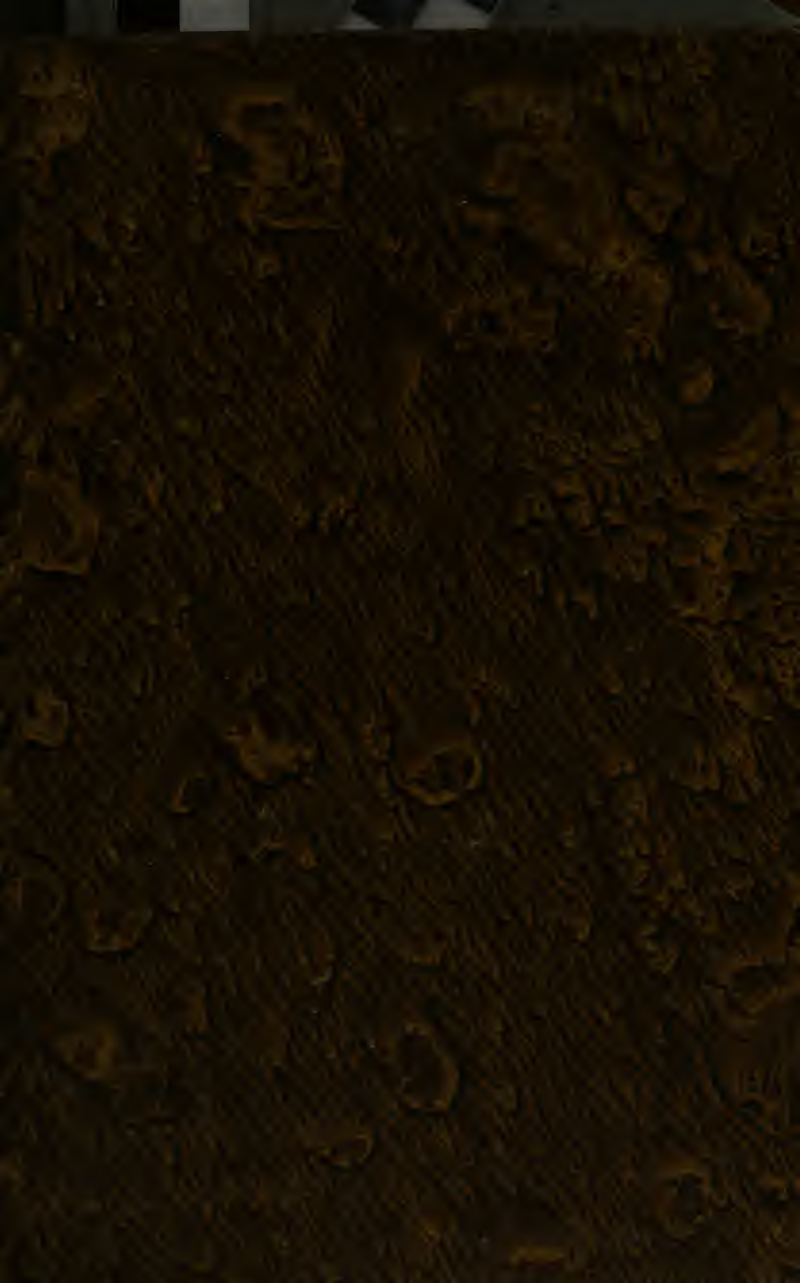


Fu. 8207

UNIVERSITETSBIBLIOTEKET

Versuche

über

einzelne Theile der Theorie

des

heutigen Römischen Rechtes

von

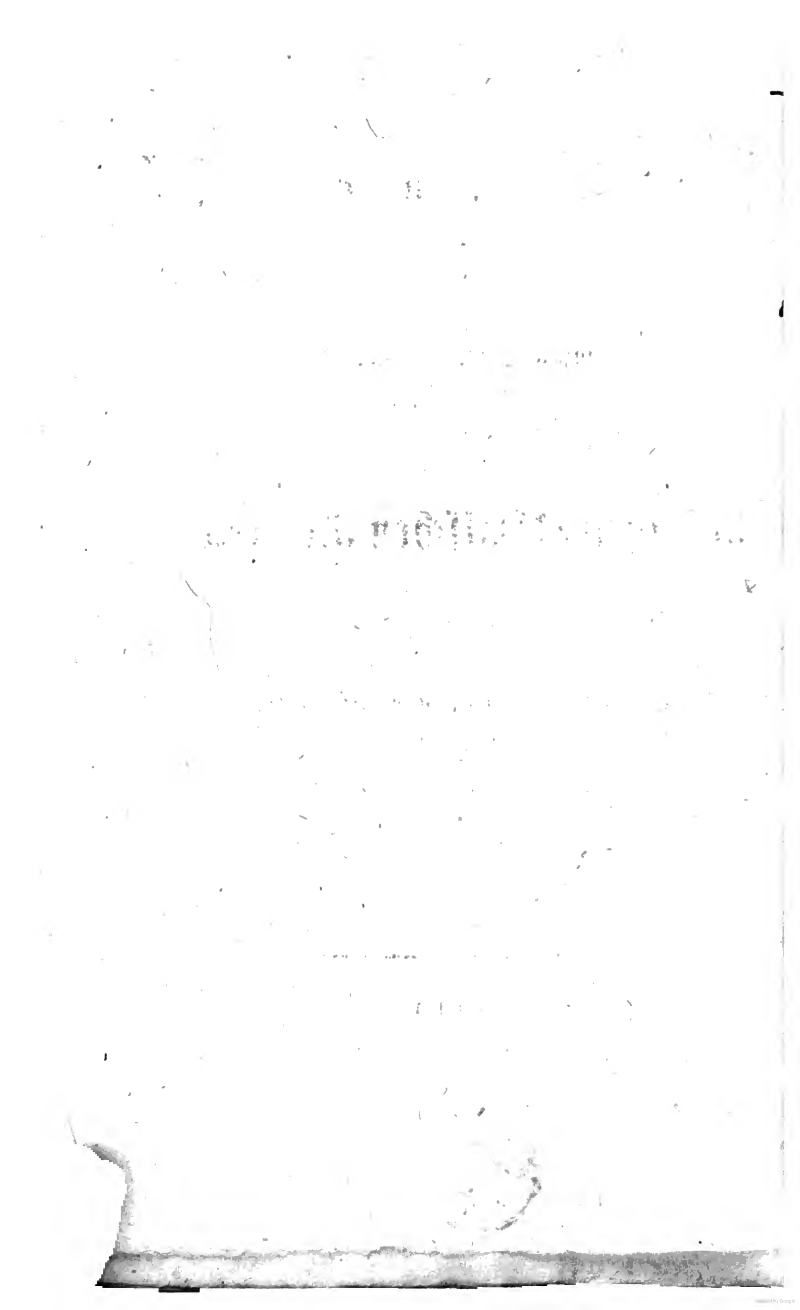
Dr. Alexander August v. Buchholtz,

außerordentlichem Professor der Rechte zu Königsberg.

Berlin

bei Ferdinands Dümmler.

1831.



Vorwort.

Unbestreitbar scheint die Bemerkung zu sein, daß die jetzigen Studirenden ihre juristischen Kentnisse fast gar nicht aus den Quellen, sondern nur aus Compendien schöpfen. Da diesem Uebel nicht augenblicklich abzuhelfen ist, so scheint vorerst es dringendes Bedürfniß zu sein, für fehlerfreie Compendien zu sorgen. Die folgenden Abhandlungen enthalten daher vorzüglich zu den gangbarsten Lehrbüchern des heutigen Römischen Rechtes Verbesserungsversuche. Versagen denselben gründliche Kenner des Rechts ihren Beifall nicht, nehmen namentlich die Bearbeiter jener Compendien, von denen der Verfasser Vieles gelernt zu haben gern gesteht, diese Abhandlungen freundlich auf, und gönnen, wenn auch nicht allen, so doch den meisten derselben, Einfluß bei der Ausarbeitung ihrer neuen Lehrbücher, so wird darin die beste Aufforderung liegen, ähnliche Beiträge für die übrigen Theile des Römischen Rechts diesen erstern anzureihen.

Der Verfasser nimmt sich bei dieser Gelegenheit die Erlaubniß, für die äußerst gründliche, in der Tübinger Kritischen Zeitschrift mitgetheilte, Recension seiner Ausgabe der Vatikanischen Fragmente dem Herrn Dr. v. Meyerfeld seinen Dank abzustatten. — Möge auch diesem Buche ein ähnliches freundliches Schicksal, wie dem ebengenannten, zu Theil werden!

Königsberg, den 23sten November. 1830.

I.

Über die Eintheilung in res corporales und incorporales.

Sehr häufig findet man in den neuern Darstellungen der römischen Lehre von den Sachen die Eintheilung derselben in res corporales und incorporales vorangestellt [1]), während bei den Römern selbst die nach der Zahl der Berechtigten [2])

---

1) Z. B. in den Lehrbüchern von Thibaut System des Pandecten-Rechts §. 258; Konopak Institutionen §. 178; Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts §. 147; Seuffert Lehrbuch des practischen Pandecten-Rechts §. 58; Valett ausführliches Lehrbuch des practischen Pandecten-Rechts §. 79.

2) »communia omnium — publica — universitatis — nullius — singulorum« pr. I. de divis. rer. I. 2. Vergl. fr. 1. pr. D. eod. I. 8.

an die Spitze gestellt zu werden pflegte, und die genannte Eintheilung in dem langen Institutionen-Titel, welcher gerade de divisione rerum handelt, gar nicht einmal berührt wird. Doch möchte man sich leicht, um die Wichtigkeit dieser Eintheilung wiederum hervorzuheben, darauf berufen, daß ihr allein ein besondrer, wenn gleich kurzer, Titel: de rebus incorporalibus in den Institutionen (2, 2) gewidmet sey. Allein schon diese Absonderung von den übrigen Eintheilungen der res bei den Römern könnte darauf aufmerksam machen, hier etwas Eigenthümliches zu suchen, was sich auch in der That findet.

Justinian erklärt sich im Beginne des zweiten Buches seiner Institutionen dahin: modo videamus de rebus; allein sobald er im ersten Titel die Lehre vom Eigenthume abgehandelt hat, und nun zu den sogenannten iura in re aliena kommt, scheint er zu fühlen, daß diese keine eigentlichen Sachen sind oder daß hier nicht wie beim Eigenthum Sache und Recht (corpus und ius) identisch ist. Daher muß er auf eine weitere Bedeutung von res zurück gehen, wie sie sich wohl in jeder Philosophie findet [3]). Denn sowie die erwiesen von den Stoikern hergenommenen sogenannten iuris praecepta [4]) an

---

und Theophilus zu pr. I. 2, 1. und pr. I. 2, 2. Es soll aber damit gegen nicht dieser Eintheilung das Wort geredet werden. Denn ihr Grund beruht ja durchaus nicht auf einem innern, sondern auf einem äußern und zwar ganz zufälligen Verhältnisse.

3) »Entia vel sunt sensibilia vel intelligibilia« Aristoteles de anima lib. 3. cap. 9 §. 1. Cicero Topica cap. 5. Definitionum autem duo sunt genera prima: Unum earum rerum, quae sunt; alterum earum, quae intelliguntur.

4) Sowie die Eintheilung des ganzen Rechtssystems nach personae, res und actiones. Vergl. Eckhard hermeneutica iuris §. 127 f.

erkannt, nicht allein auf die Jurisprudenz sich beziehn, eben so wenig ist die Eintheilung in corporales und incorporales res auf Sachen im gewöhnlichen juristischen Sinne, d. h. auf Objecte von Vermögensrechten beschränkt. Die natürliche und ursprüngliche Bedeutung von res ist nun die, daß es Alles umfaßt, was existirt [5]), mag es durch die Sinne wahrgenommen werden, oder erst durch unsern Verstand Realität erhalten [6]). In dieser umfassendsten Bedeutung, in der res alle Dinge in sich enthält, gehören denn auch Personen hierher. Zum Beweise dafür kann dienen, daß Justinian ausdrücklich den homo, also eine physische Person, als Bei-

---

5) fr. 5 pr. De V. S. 50. 16 »Rei appellatio latior est, quam pecuniae, quia ea etiam (Vergl. Schrader in Hugos Magazin Bd. 4. S. 434) quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet.« fr. 222. D. eod. »Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam iura continentur.«

6) Seneca Epistolae LVIII. Quod est in has species divido, ut sint corporalia aut incorporalia. Nihil tertium est.... Quod est, nec visu nec tactu, nec ullo sensu comprehenditur, cogitabile est. Theophilus zum §. I. I, 2, 2 sagt res incorporalis vero est, quae sola mente cognoscitur. In dieser allerweitesten Bedeutung ist auch der Ausdruck res zu nehmen in der bekannten Definition: Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia. Vergl. Hugos Magazin Bd. 4. S. 43 Note * S. 44. Als Einfall, nicht als ausgemachte Wahrheit, mag die Bemerkung hier stehen, daß man unter den humanae res die körperlichen, unter den divinae res die unkörperlichen Dinge verstehen kann. Jene, weil wir sie mit den Sinnen, die uns gemeinschaftlich mit den Thieren sind, wahrnehmen, diese, weil wir sie nur durch unsern Geist, den wir mit der Gottheit gemein haben, erkennen können.

spiel einer res corporalis anführt [7]); und daß man ein Complexum von Menschen eine juristische Person, ein Gedankending nennen kann, dagegen streitet sicher der Genius keiner Sprache [8]). Da aber den Römischen Juristen die Person, insofern sie Subject von Rechten ist, so oft im Gegensatz von den übrigen Dingen in der Welt vorkam, so war es natürlich, daß sie diese Personen aus dem umfassenden Begriffe der res sonderten, wenn sie gleich den Begriff von res mit dem weiten Begriffe von Wesen oder Ding noch immer für identisch erklärten, und deshalb stets Sclaven unter diesen Begriff subsumirten [9]). Darnach muß man nun den juristischen Begriff von res im weitesten Umfang, in welchem er der Eintheilung in res corporales und incorporales bei den Juristen zum Grunde liegt, dahin angeben, daß der Ausdruck res Alles umfaßt, was irgend ein juristisches Interesse gewährt, mit Ausnahme der Person.

Was aber gewährt mehr ein juristisches Interesse, als die Rechte selbst? Sie müssen daher vor Allem im juristischen Sinne res heißen, und es findet sich auch diese Bedeutung

---

7) §. 1. I. de reb. in corp. 2, 2. Corporales hac sunt, quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles.

8) Zwei Worte, wie wir Deutsche sie zur Bezeichnung von Sache und Ding haben, mangelten den Römern. Vergl. fr. 30 pr. de usurpat. 41. 3 und die dritte Abhandlung.

9) §. 23 I. de legatis 2, 20 »ex servis suis vel aliis rebus.« Vergl. Note 7. Lang Lehrbuch des Justinianischen Römischen Rechts. Mainz 1830 §. 108 »Sache ist auch der Mensch, wenn er nicht Person ist.«

der res ausdrücklich im Römiſchen Rechte anerkannt [10]). Daß die Subjecte der Rechte von den res ausgeſchieden werden, iſt bereits bemerkt. Was nun die Objecte der Rechte betrifft, ſo ſind dieſe entweder Sachen oder Handlungen. Daß jene bei den Römern res heißen, bedarf keines Beweiſes. Von den Handlungen aber als Objecten von Vermögensrechten könnte man faſt behaupten, daß ſie nicht zu den res von den Römern gezählt werden. [11]) Denn wiewohl man aus der Aeuſſerung Juſtinians [12]) id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, *plerumque* corporale est, möglicherweiſe folgern könnte, daß derſelbe die Handlungen zu den res incorporales gezählt habe, ſo iſt doch die ebendaſelbſt gegebene Erklärung der res incorporales, welche nur auf Rechte geht [13]), dagegen, und ſelbſt die angeführten Worte zeigen

10) Rei appellatione ... et iura continentur fr. 23 De V. S. 50. 16; pr. I. de adquis. per adrog. 3, 10 omnes res eius corporales et incorporales, quaeque ei debitae sunt, d. h. all ſein Eigenthum, ſeine iura in re und ſeine Forderungsrechte. Hier iſt res offenbar für ius gebraucht; c. 13 C. de servitut. 3, 34 omnes servitutes ... ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis; fr. 18 §. 2 De hered. pet. 5, 3 placuit universas res hereditatis in hoc iudicium venire, sive iura, sive corpora sint.

11) In der Inſtitutionenſtelle ex re nascuntur, id est ex ipso maleficio pr. I. de obl. quae ex del. 4, 1. iſt res ja nicht Objekt eines Rechts, ſondern Grund zur Entſtehung eines (obligatoriſchen) Rechtes.

12) im §. 2. I. de reb. incorp. 2, 2.

13) Incorporales autem sunt, quae in iure consistunt (d. h. iura, vergl. *Cuperus* de natura possessionis Pars I. cap. IV. nach Thibauts Ausgabe S. 48 Note *) ... Nam ipsum ius hereditatis et ipsum ius utendi fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est. »Nur Rechtsverhältniſſe heißen im Römiſchen Rechte unkörperliche Sachen.« Hugo Siebentes Lehrbuch des heutigen Römiſchen Rechts. Berlin 1826. S. 38.

daß die Römische Jurisprudenz bei den Obligationen mehr auf das Herbeizuschaffende (die res) als auf die Handlung des Herbeischaffens gesehn, also das mittelbare Object mit dem unmittelbaren Objecte der Forderungsrechte vertauscht habe. Außerdem findet sich noch eine andere Stelle in den Institutionen [41]), nach welcher es scheint, als wollten die Compilatoren zu den res incorporales Handlungen nicht zählen. Auch ist es leicht erklärlich, daß die Juristen bei dieser Eintheilung nicht an Handlungen, als Objecte der Rechte, gedacht haben. Sie stellen nämlich diese Eintheilung stets im Eingange bei den Rechten an Sachen auf, wo die Rücksicht auf die Obligationen fern liegt.

Nachdem nun auf diese Weise gezeigt ist, daß der juristische Begriff der res hauptsächlich Rechte und Sachen, als Objecte der Rechte, umfaßt, dringt sich die Frage auf, worauf die Eintheilung der res in corporales und incorporales gehe, ob auf die Rechte oder auf ihre Objecte, die Sachen? Hier ist nun allgemein die Antwort: das Letztere; die Eintheilung der res in corporales und incorporales gehöre den Sachen an, nicht den Rechten, denn alle Sachen seyn ja incorporales res. Allein das Gegentheil scheint richtiger. Daß nämlich bei den Römischen Juristen die Eintheilung in res corporales und incorporales auf die iura, nicht auf die corpora, d. h. die eigentlichen Sachen ging, dafür läßt sich für's Erste die Behauptung aufstellen: alle Sachen sind cor-

41) §. 21 I. de legatis 2, 20. Iam autem corporales res legari possunt, quam incorporales. Et ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari; ut actiones suas heres legatario praestet, nisi exegerit vivus testator pecuniam. Sed et tale legatum valet: damnas esto heres domum illius reficere, vel illum aere alieno liberare.

pora [15]), und sodann die Bemerkung noch hinzufügen, daß so wie wir vom Corpus iuris täglich sprechen, ohne in der Verbindung der beiden Worte — freilich in einem andern Sinne gebraucht — eine contradictio in adiecto zu finden, den Römischen Juristen ebenfalls der Begriff eines corporale ius durchaus kein Unding, kein hölzernes Eisen, gewesen zu seyn scheint. Nun findet sich freilich die Eintheilung in iura corporalia und incorporalia nirgends in den Quellen aufgestellt, wie überhaupt nirgends, weder bei den alten noch bei den neuen Juristen, von Eintheilungen der Rechte viel die Rede ist. Da sich aber in zweien Stellen der Ausdruck ius incorporale findet, in fr. 4 §. 27, De usurp. 41, 3 [16]), und in c. 3 C. de quadriennii praescriptione [17]), so muß man wenigstens von der ersten, einem Fragmente des Paulus, annehmen, daß hier das Beiwort incorporale kein müssiger Zusatz ist, und daß es daher den Gegensatz vom ius corporale bildet. Ein solches ius corporale ist aber im Römischen Rechte nicht schwer aufzufinden. Es ist vorhanden in demjenigen Rechte, von welchem schon oben gesagt ward, daß es mit seinem Objecte zusammen falle. Dies ist das Eigenthum, und nirgends findet sich auch bei den Römern das Eigenthum zu den res incorporales gezählt [18]), sondern

15) Corporalis res, corpus, res in der gewöhnlichsten Bedeutung. Vergl. Hugo a. a. O. S. 33, 34.

16) »quia nec possideri intelligitur ius incorporale.«

17) »sive mobiles, sive immobiles, seu se moventes, vel iura incorporalia,« Man kann dahin auch die Definitionen der persönlichen und Grunddienstbarkeiten von Theophilus zählen. Er erklärt zum §. 9. I. 2, 1 den ususfructus und im §. 2. I. 2, 2 die Prädialservituten als iura, quae mente comprehenduntur.

18) An und für sich ist natürlich das Eigenthum, als Recht aufgefaßt,

man stößt häufig auf die Bezeichnung des Eigenthumes durch corpus oder res corporalis im Gegensatze von den übrigen Rechten [19]), oder eigentlich im Gegensatz von den Rechten überhaupt. Denn es fragt sich sehr, ob die Römer jemals das Eigenthum mit ius bezeichnet haben [20]). Ebenso haben

ebensogut eine res incorporalis als Servitut und Obligatio. Doch wir sprechen hier nur vom Römischen Rechte, welches in diesem Falle die Richtigkeit der Schärfe des Gegensatzes geopfert hat.

19) So wird am häufigsten corpus oder res corporalis im Gegensatz der Servituten gebraucht: Sicut re corporali exstincta ita et usufructu exstincto fr. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20, 6; (S. auch Note 10); sive corporis dominus, sive is qui ius habet fr. 13 §. 1. De damn. inf. 39, 2; aliam, quae iure consistit, aliam, quae corpore c. 10 C. de adq. et ret. poss. 7, 32; sicut corpora vindicanti ita et ius. — Vaticana fragm. tit. de usufructu p. 10. l. 27 §. 92; qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est fr. 2 §. 3 De precario 43, 26; nicht aber im fr. 9 De hered. pet. 5, 3 qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam; denn obgleich man hier unter ius häufig eine Servitut versteht, so scheint dennoch nach einer richtigen Interpretation nur darunter das ius hereditatis begriffen werden zu können. Theils spricht für diese Erklärung die Uebereinstimmung mit dem §. 3 I. de interd. 4, 15. Pro possessore is possidet, qui nullo iure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem..., possidet, theils spricht gegen jene Erklärung der Umstand, daß es schlechthin ius, nicht ius hereditarium im Gegensatze der res hereditaria heißt. Ferner im Gegensatze der Forderungen: corpora hereditaria... nomina fr. 11 de distr. pign. 20, 5; sive in corporibus sunt, sive in actionibus fr. 3 pr. De B. P. 37, 1; debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores fr. 2 D. quor. bon. 43, 2; endlich werden Eigenthum, Servituten und Forderungen so neben einander gestellt: omnes res eius corporales et incorporales, quaeque ei debitae sunt pr. I de adquis. per arrog. 3, 10.

20) Die einzige Stelle, die man dafür anführen könnte, ist fr. 5 §. 9 De O. N. N. 39, 1.

sie niemals eine Definition des Eigenthumes zu geben versucht, höchst wahrscheinlich aus dem Grunde, weil sie eine solche Definition neben der einer körperlichen Sache für überflüßig hielten [21]).

Um jedoch den hier aufgestellten Begriff und diese Eintheilung der Rechte zu rechtfertigen, muß noch auf die Meinungen der neuern Rechtslehrer eingegangen werden, welche durchaus nicht mit einander darin übereinstimmen, was sie zu den res incorporales zählen sollen. Viele zählen alle Rechte dahin [22]). Eine Annahme, welche nur der Vorwurf trifft, daß sie mehr mit der Natur der Sache, als mit der positiven Ansicht der Römischen Juristen übereinstimmt. Einige nehmen davon das Eigenthum aus [23]). Diese Annahme ist schon in dem bisherigen zu beweisen gesucht. Andere schließen von dem Begriffe der incorporales res die Familienrechte aus [24]), aber nur aus dem sehr ungenügenden Grunde, weil sie nicht unter den Beispielen der res incorporales in Justinians Institutionen genannt sind. Allein mit gleichem Rechte

---

21) Recht Römisch ist es daher, wenn Hugo in seiner zehnten Rechts-Geschichte S. 165 Z. 6 ff. sagt: »das Eigenthum an einer einzelnen körperlichen Sache, das die Römer den unkörperlichen Sachen entgegensetzen. Wenn gleich der §. 1 I de reb. incorp. 2, 2 als körperliche Sache nicht das Eigenthum nennt, sondern fundus, vestis, aurum u. s. w., so sind doch diese Gegenstände nur insofern genannt, insofern man sie als mit dem Begriffe des Eigenthums daran zusammenfallende Objecte desselben ansieht.

22) Westphal über die Arten der Sachen S. 5.

23) Valett a. a. O. §. 79. Note 92.

24) Schweppe das Römische Privatrecht. Vierte Ausg. §. 86.

oder vielmehr Unrechte könnte man aus diesem Grunde die habitatio und die servorum operae ausschließen [25]). Andere zählen außer den Rechten noch die Klagen hierher [26]). Allein wiewohl dieß der Sache nach ganz richtig ist, so doch nicht dem Ausdrucke, indem ja die Klagen bei den Römern zu den Rechten gezählt werden [27]), und zwar ausdrücklich zu den unkörperlichen. Ius vindicationis incorporale est heißt es in c. 12. C. de praescr. longi temp. 7, 33. Auffallend könnte es erscheinen, daß gerade das Recht der Vindication ein unkörperliches genannt wird, da es auf dem Eigenthume beruht, und dieses ein körperliches Recht ist. Allein man darf nicht vergessen, daß auch jede in rem actio, sobald sie angestellt ist, durch ihre Beziehung auf den Beklagten zu einer persönlichen Klage wird; und die actio nicht eher nata genannt werden kann, bis ein bestimmter Beklagter oder zu Beklagender vorhanden ist.

Daß also die Klagrechte und die übrigen Rechte einer Person mit Ausnahme des Eigenthums res incorporales sind,

25) Außerdem macht es sicher dem Verfasser einer Geschichte des Römischen Rechts keine Ehre, Ulpians sog. Fragmente übersehen zu haben, in denen wir ausdrücklich lesen XIX, 11: in iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus, et hereditas, et tutela legitima.

26) Glück Pandecten Bd. 2. S. 513. (Zweite Ausg.) Wenn dieser Gelehrte hier behauptet: »auf den Gegenstand des Rechtes kommt es hier nicht an,« so ist dieß nicht richtig, da, wenn ein corpus in allen seinen juristischen Beziehungen Gegenstand eines Rechtes, also des Eigenthums, ist, dieses Recht bei den Römern selbst als corpus, also nicht als incorporalis res angesehen wird. Vergl. oben Note 21.

27) Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio, quod sibi debetur pr. I. de action. 4. 6. Vergl. hierüber Mayer die Litiscontestatio Abtheilung I. Stuttgard 1830. S. 35. ff.

ist unbedingt zuzugeben, sobald man nur mit dem Ausdrucke res die richtige Bedeutung verbindet; und es wird auch ausdrücklich z. B. von Hofacker [28]) und von Glück (a. a. O.) eingestanden, daß nur diese juristische Objecte ihrer Natur nach unkörperlich sind. Allein dessen ungeachtet wollen sie noch einiges Andere hierhin zählen. Glück sagt [29]) übereinstimmend mit Hofacker [30]): »Einige Sachen werden für unkörperlich darum gehalten, weil bei denselben entweder das »zu leistende Individuum erst durch die Wahl bestimmt werden muß, oder weil nicht sowohl das körperliche Individuum »selbst, als vielmehr der Werth der Sache in Betracht kommt. »Hierher gehören schuldige genera ... auch Quantitäten fungibler Sachen.« Ganz dasselbe ist die Ansicht vieler Neuern [31]).

---

28) Principia iuris civilis Romano Germanici §. 724.

29) Pandecten Bd. 2. S. 514.

30) a. a. O. §. 724.

31) Z. B. Köchy Pand. Comm. §. 172 Bd. I. S. 222 Note e. »Es gehören hierher schuldige Quantitäten fungibler Sachen.« Weber Erläuterungen der Pandecten Bd. I. S. 81; Thibaut a. a. O. §. 258; Schweppe a. a. O. §. 86 und 89. Bei Thibaut werden freilich im Texte nur genera genannt, aber seine dazu angeführten Beispiele in der Note a gehn auch auf Quantitäten. Dagegen Meister, der mit seinem Programme de corporibus eorumque partibus überall für diese Ansicht angeführt wird, sagt nur Folgendes (Ebenda §. 9 in dessen Selecta Opuscula Göttingen 1766. 12. p. 538): Quantitates quando dicuntur res, quae tangi quidem possunt, sed per quantitatem valorem recipiunt, corpora, uti relatum est omnino sunt. Plerumque tamen quantitas ipsum ponderis, numeri, mensurae modum notat, atque tunc, quia tangi nequit, sine dubio rebus incorporalibus accensenda est. Wer wird nicht dieß unbedingt unterschreiben, daß wenn Quantitas z. B. ein Pfund oder ein Scheffel be-

Da nun die Vertheidiger dieser Ansicht zugeben, daß diese juristischen Objecte nicht ihrer Natur nach unkörperlich sind, so ist es nothwendig, die positive Grundlage für diese Ansicht aufzuweisen, und wenn diese im Römischen Rechte fehlt, jene Behauptung zu verwerfen. Daß aber diese fehlt, geht wohl schon daraus hervor, daß die Vertheidiger dieser Ansicht keine ausdrückliche Stelle des Römischen Rechts für ihre Behauptung haben auffinden können; sonst würden sie dieselbe anzuführen gewiß nicht unterlassen haben. Gegen diese Ansicht scheint aber, was zuerst die quantitas betrifft, fr. 95 De legatis III [32]) zu streiten, indem diese Stelle es ausspricht, daß die Quantitäten corporales res in sich begreifen. Hier billigt nämlich Mäcian die Ansicht Aristos, wornach der Ausdruck quantae (summae) auch solche res corporales, wie Güter, Sclaven, Kleidungsstücke, Silbergeräth und nicht bloß baares Geld bezeichne. Wer wird nun aber wohl leugnen wollen, daß der Ausdruck quanta summa mit quanti-

---

deutet, sie dann eine incorporalis res ist, weil sie ja in diesem Falle ein bloßer Begriff ist, der nur erst durch die Hinzufügung z. B. ein Pfund Zucker oder ein Scheffel Hafer zu einem Reellen, Körperlichen wird. Aehnlich sagt auch Lang Lehrbuch u. s. w. §. 113: »Ist eine Sache nicht ihrer species, sondern nur ihrem genus nach bestimmt, so ist sie in der That eine unkörperliche Sache, wiewohl sie die Römer nicht so nennen.« Günther principia §. 171 nennt noch die universitas rerum. Vergl. die dritte Abhandlung.

32) Maecianus libro II. Fideicommissorum. Quisquis mihi heres erit, damnas esto dare, fideique eius committo, uti det quantas summas dictavero, dedero. Aristo res quoque corporales contineri ait, ut praedia, mancipia, vestem, argentum; quia et hoc verbum quantas non ad numeratam duntaxat pecuniam referri, ex dotis relegatione, et stipulationibus emtae hereditatis apparet, et summae appellatio similiter accipi deberet.

tas identisch sey? zumal da beide Ausdrücke von den Römischen Juristen confundirt werden [33]).

Damit wäre nun der Beweis geliefert, daß die Römer unter quantitates corporales res und nicht incorporales res verstanden haben [34]). Dasselbe gilt aber auch vom genus.

Doch über die Festsetzung des Begriffes von genus existirt jetzt ein eigner ausführlicher Versuch von Hofmann, [35]) welcher für den Begriff von genus drei Bedeutungen in Anspruch nimmt. »Im Gegensatze von species, sagt er S. 3, »heißt genus alles, was nicht den einzelnen Stücken, sondern »der Gattung nach bestimmt ist. Eine solche Gattungsbestimmung aber kann auf dreifache Art gedacht werden:«

»1) Auf natürliche Art, indem Dinge, welche wirklich ihrer »natürlichen Beschaffenheit nach unter einerlei Gattung gehören z. B. Pferde, Schafe, Häuser ohne Bezeichnung einzelner »Stücke darunter verstanden werden.«

»2) Nach Willkühr, indem verschiedenartige Sachen, blos »nach der Bestimmung der Betheiligten, unter einen Begriff »zusammengefaßt werden z. B. ein Waarenlager, ein Dorf, »wieder ohne Bezeichnung einzelner, dazu gehöriger Stücke.«

---

33) fr. 3. §. 3. De contraria tutelae 27, 4. fr. 34. §. 3. §. 5. De legatis I. Auch kann man fr. 12, fr. 13. fr. 14. pr. De exc. rei. iud. 44, 2. hierhin zählen, indem die Worte quantitas eadem nur ein Zusatz zu idem corpus sind (Puchta im Rheinischen Museum Bd. 2. Heft 3. S. 252.) und es im fr. 14. pr. heißt: Idem corpus non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata .... accipitur.

34) So lesen wir im Repertorium des gesammten positiven Rechts der Deutschen Leipzig 1803. 8. Bd. 11. S. 156. »Eigentlich wird die Quantität nur von körperlichen Dingen gebraucht.«

35) Ueber den Einfluß allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners. Darmstadt 1830. 8.

»3) Nach dem Eigenthümer, dem Rechtssubjekt, welchem »sie zustehn, ohne Rücksicht auf natürliche Beschaffenheit, Be»stimmung, und ohne Bezeichnung einzelner Stücke z. B. mein »ganzes, mein halbes Vermögen, die Erbschaft u. s. w.«

Wollte man diese hier von Hofmann angegebenen Bestimmungen so ansehen, als wären sie bewiesen, so würde damit alsbald die gewöhnliche Ansicht erschüttert sein. Denn wenigstens in den beiden letzten Fällen muß zugegeben werden, daß hier das genus aus körperlichen Sachen bestehn muß (im zweiten Falle), oder wenigstens bestehen kann (im dritten Falle). Allein es ist nicht schwer zu zeigen, daß keine von diesen dreien Begriffsbestimmungen die richtige sei. Allerdings ist von der ersten Bedeutung einzuräumen, daß hier genus und species sich, wie Gattung und Art, entgegenstehen; [36]) allein ein solches genus: Pferde, Schafe, kann gar nicht, weder als Gegenstand, noch als Subjekt eines Rechtes gedacht werden, und ist daher ein für die Jurisprudenz leerer Begriff. Dieß hat Hofmann selbst gefühlt, und deshalb (S. 17) gesagt: die eigentliche Gattung ist keine Sache, sondern ein bloßer Begriff, ein Gedanke [37]). Er verengt daher diesen Begriff dahin, daß er wenn ich eine solche Gattung, z. B. Pferde, verpfände, darunter nur versteht »alle meine Pferde« (S. 6.). Allein daß eine solche Verpfändung als universitas pignori data gelte wird in der dritten Abhandlung gezeigt werden. Ganz dasselbe

36) fr. 2. §. 3. De rebus creditis 12, 1. Creditum ergo a mutuo differt, qua genus a specie. Vergl. Günther principia §. 166. Note 6.

37) Das genus überhaupt wird nicht als res betrachtet, sondern als demonstratio rerum secundum substantiam«. Hofmann a. a. O. S. 18.

gilt aber von der zweiten Begriffsbestimmung, welche Hofmann giebt. Denn seine Beispiele dafür; ein Waarenlager (d. h. die darin befindlichen Waaren, nicht etwa die ausstehenden Forderungen), ein Dorf (d. h. die darin befindlichen Grundstücke), sind offenbar rerum universitates, und seine dritte Begriffsbestimmung, z. B. eine Erbschaft, fällt mit der einer juris universitas zusammen, wie Hofmann selbst S. 7. anerkennt. Beide sind also nicht mit dem Namen genus zu bezeichnen. Doch schon die bei Glück a. a. O. gebrauchten Ausdrücke — das zu leistende Individuum, die schuldigen genera — deuten auf die richtige Erklärung unserer Verhältnisse hin.

Von Quantitäten kann nur die Rede sein bei Forderungen. Ein ius in re an einer quantitas im Sinne des Römischen Rechts ist etwas Unmögliches. Daher wird corpus der quantitas entgegengesetzt [38]), entweder in der Beziehung, daß jenes ein Objekt bedeutet, an dem Eigenthum, dieses ein Objekt, an welchem kein Eigenthum, sondern ein Forderungsrecht gedacht wird, oder in der Beziehung, daß Beides zwar Gegenstand einer Forderung ist, bei Jenem aber jede Wahl hinsichtlich des zu leistenden Objects ausgeschlossen, bei Diesem gestattet ist. Dieß erkennt auch das Römische Recht ausdrücklich an, indem wer eine quantitas d. h. eine Summe Geldes, nicht gerade diese Geldstücke zu fordern hat, nur eine condictio, keine vindicatio anstellen darf. [39]) Der Gegenstand ei-

38) fr. 34. §. 3. De legatis I; fr. 7. pr. De exc. rei iud. 44, 2; fr. 94. §. 1. De solut. 46, 3.

39) Si falso existimans debere, nummos solvero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt, eius summae partem dimidiam, non corporum condicam fr. 19. §. 2. De cond. indeb. 12, 6. Das sechs und

nes Forderungsrechtes kann nun aber ein facere oder ein dare sein, und in diesem letzten Falle soll der Verpflichtete entweder eine oder mehrere individuell bestimmte Sachen ohne weitere Wahl geben, oder dem Verpflichteten kann noch das Wahlrecht zustehn, was für welche, und wieviele von mehreren corporibus er dem Berechtigten überliefere, wenn nur jene corpora zusammen eine bestimmte Summe bilden. Ist Jemand dem Legatar oder seinem Contrahenten einen Thaler schuldig, so ist dieses eine debita quantitas [40]), und dem Schuldner steht es frei, in welcher Geldsorte er zahlen will. Darnach bezieht sich der Begriff der Quantität gar nicht auf die Eintheilung von Sachen, sondern nur auf die Eintheilung der Rechte und zwar der Forderungsrechte ihrem Gegenstande nach, weshalb auch nur in der Lehre von den Forderungen und in der von den Vermächtnissen (als Quasicontracten) die

---

vierzigste Fragment desselben Titels lautet so: Qui heredis nomine legata non debita ex uummis ipsius heredis solvit, ipse quidem repetere non potest, sed si ignorante herede nummos ejus tradidit, dominus, ait, eos recte vindicabit. Eadem causa rerum corporalium est. Da hier Plautius die Vindication der nummi gestattet so müssen dieselben nummi, die der Geschäftsführer gezahlt, noch vorhanden gewesen sein; in welchem Falle sonst auch von corpora nummorum fr. 24. Depositi 16, 3. oder species nummorum fr. 78. §. 5. De her. inst. 28. 5. die Rede ist. Da hier nun die nummi offenbar corporales res sind, so lassen sich die Schlußworte Javolens nur dadurch rechtfertigen, daß man ceterarum bei corporalium rerum ergänzt. Im §. 15. J de legatis 2, 20. (certa pecunia, vel certum corpus) ist certa pecunia weiter nichts als certa quantitas, und steht daher ganz gut neben dem certum corpus.

40) Dieser Ausdruck kommt vor in c. 6. C. si certum petatur 4, 2. Quantitas, quae in obligatione versatur, lesen wir in fr. 6. De reb. cred. 12, 1.

die Lehre von Quantitäten abgehandelt wird. Ganz daſſelbe aber was von der quantitas geſagt iſt, gilt in juriſtiſcher Beziehung von dem genus. Auch dieſes kann nur durch eine in personam actio [41]) nicht durch eine in rem actio eingefordert werden; und die Römer tragen auch den Gegenſatz von species und genus nur bei den Obligationen vor, [42]) und ſetzen ihn darin, daß im erſten Falle ein oder mehrere feſt beſtimmte Individuen, im zweiten ein oder mehrere Individuen aus einer feſtbeſtimmten Gattung geleiſtet werden ſollen [43]).

Es bleibt übrig, den Unterſchied zwiſchen quantitas und genus anzugeben. Ich bin eine quantitas ſchuldig, wenn ich eine Summe Geldes in keiner zum voraus feſtbeſtimmten Münzſorte zu zahlen habe. Ich bin ein genus [44]) ſchuldig, wenn

41) Hugo a. a. O. S. 35 »Verbrauchbare und bei einer Forderung meiſt ihrer Gattung nach vorkommende Sachen« S. 40 »Ein Recht iſt entweder ein ſolches, das gegen eine Sache (und zwar nicht bloß ihrem genus nach beſtimmte) und nicht gegen eine beſonders verpflichtete Perſon zuſteht u. ſ. w.« Vergl. fr. 38 De iudiciis 5, 1.

42) fr. 54 pr. De Verb. Obl. 45, 1. Daß genus und vindicatio ebenſo wenig zuſammenpaſſen, als quantitas und vindicatio, deutet Paulus damit an, daß er bei Gelegenheit der vindicatio in fr. 6 De rei vind. 6, 1 ſagt: Si in rem aliquis agat, debet designare rem... appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.

43) fr. 2. pr. De reb. cred. 12, 1 Mutuum damus recepturi non eandem speciem, sed; idem genus, d. h. nicht etwa eine ganze Gattung, ſondern eine Species aus derſelben Gattung, deren nähere Beſtimmung aber dem Verpflichteten überlaſſen iſt. Die im Texte hier angegebene einzige Bedeutung von genus iſt ganz übergangen von Hofmann a. a. O. S. 3.

44) Genus ſelbſt bedeutet nie eine ganze Gattung; denn das würde eine rerum universitas ſeyn; alſo corpus (vergl. die dritte Abhandlung)

ich eins oder mehrere gleichartige Species einer festbestimmten Gattung von Sachen, seien diese von welcher Beschaffenheit sie wollen, zu leisten habe.

Daß sich quantitas als Kunstausdruck bei den Römischen Juristen [45]) nur auf baare Geldsummen bezogen habe, scheint

---

heißen können. Der Ausdruck generaliter und generalis wird freilich in ganz anderer Beziehung, z. B. beim Pfande, gebraucht, um die Verpfändung einer iuris universitas zu bezeichnen, fr. 1 §. 14 De dote praelegata 33, 4; c. 1. C. quae res pignori 8, 17. In der c. 5 C. in quib. caus. pign. 8, 15 ist der Gegensatz gegen specialiter obligata mancipia nicht, wie Hofmann a. a. O. S 5 und 6 will, ein genus obligatum, sondern eine universitas obligata, nämlich die in fundum inductorum mancipiorum universitas, ganz so wie in fr. 26 §. 2 De pignor. 20, 1, wo Hofmann a. a. O. S. 80 zwar auch ein genus pigneratum annimmt, im Uebrigen aber die Stelle sehr gut erklärt.

45) Gerade so, wie wir hier zwischen quantitas im Munde der Römischen Juristen und im Munde des Volkes unterscheiden müssen, gerade so auch bei der Eintheilung in mobiles und immobiles res. Diese geht in der juristischen Sprache nur auf körperliche Sachen, z. B. fr. 7 §. 4 De peculio 15, 1; fr. 15 §. 2 De re iudicata 42, 1; c. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5, 13; c. 2 pr., c. 3 C. de quadriennii praescriptione 7, 37; c. 1 C. de praetorio pignore 8, 22. In fr. 35 pr. De donat. 39, 5 gehören die Worte in nominibus quam in rebus moventibus dem Schreiben eines Nichtjuristen an, welches Scävola hier mittheilt. Wenn daher ein Nichtjurist »alle seine beweglichen und unbeweglichen Sachen« Jemandem verpfändet oder hinterlassen hat, so beabsichtigt derselbe unter diesem Ausdrucke sein ganzes Vermögen, also eben so gut seine res corporales als seine res incorporales zu begreifen, und daher auch seine Forderungen damit zu bezeichnen. Richtiger aber betrachtet man diesen Ausdruck so, daß man die Worte »bewegliche und unbewegliche« als falsa demonstratio für gar nicht hinzugesetzt ansieht. Vergl. Gesterding die Lehre vom Pfandrecht §. 11 S. 87. In der c. un. §. 1. C. de raptu virginum 9, 13 (Sin autem in ingenuam personam tale facinus

aus fr. 59. de legatis III [46]) deutlich hervorzugehn. Auch zeigt sich diese beschränkte Bedeutung aus fr. 34. §. 3. bis § 6. de legatis I. [47]), wo der Ausdruck quantitas schlechthin nur von Geldsummen gebraucht wird, und es zuletzt heißt: si quid áliud est, quod pondere, numero, mensura continetur, idem erit dicendum; zum deutlichen Beweise, daß quantitas nur auf Geld, nicht auf andre Sachen gehe, welche pondere, numero, mensura constant [48]). Daher sind auch

---

perpetretur, etiam omnes res mobiles, seu etiam immobiles et se moventes, tam raptorum, quam eorum sodalium.... ad dominium raptarum mulierum liberarum transferantur), einer Verordnung Justinians, scheint es, als wenn der Gesetzgeber selbst für seine Ausdrücke eine gleiche Auslegung verlangen würde, wenn man nicht lieber bei der strengen Begriffsbestimmung des Wortes dominium stehen bleiben möchte.

46) Die Worte dieser Stelle, soweit sie hierher gehören, stehen oben in Note 32.

47) §. 3. Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento saepius, Divus Pius rescripsit, tunc saepius praestandam summam, si evidentissimis probationibus ostendatur testatorem multiplicasse legatum voluisse. Idemque in fideicommisso constituit. Eiusque rei ratio evidens est, quod eadem res saepius praestari non potest: eadem summa volente testatore multiplicari potest. §. 4. Sed hoc ita erit accipiendum, si non certum corpus nummorum saepius sit relictum, utputa centum, quae in arca habet, saepius legavit; tunc enim fundo legato esse comparandum credo. §. 5. Sed si pondus auri vel argenti saepius sit relictum, Papinianus respondit, magis summae legatum comparandum: merito, quoniam non species certa relicta videatur. §. 6. Proinde et si quid aliud est, quod pondere, numero, mensura continetur, saepius relictum, idem erit dicendum, id est, saepius deberi, si hoc testator voluerit.

48) Hartitzsch in seinem Erbrecht §. 285 behauptet: das legatum »quantitatis begreift nur res fungibiles in sich.« Diese Erklärung

alle von Juristen herrührende Stellen, wo der Ausdruck quantitas vorkommt, wenn es nicht Höhe oder Werth oder Größe bedeutet, nur von einer Summe Geldes zu verstehn. Zwar sagt Mäcian bei der Auslegung eines Fideicommisses, man müsse Quantitäten (»quantas summas«) nicht blos auf Geldsummen, sondern auch auf Grundstücke, Sklaven, Kleidungsstücke und Silbergeräthe beziehen, weil auch beim Erbschaftskaufe und bei der dos relegata der Ausdruck der Contrahenten summa oder quantum in einer so weiten Bedeutung genommen würde [49]). Allein wohl verstanden: eine solche Auslegung des Ausdrucks quantitas oder summa wird nur da von den Juristen angewendet, wo Nichtjuristen sich des Ausdrucks bedient, aber offenbar den Ausdruck kurzsichtig zu enge gewählt haben. Ueberall daher, wo ein oder mehrere nicht vorausbestimmte Individuen aus einer bestimmten Gattung geleistet werden sollen, ist von einem genus debitum die Rede, von einer quantitas debita nur, wo nicht bestimmte Geldstücke (corpora pecuniae s. numorum), sondern eine Summe Geldes (pecunia numerata) geschuldet wird. Jedoch muß dieser Begriff: Summe

muß nach unsrer Darstellung zu weit seyn. Nun führt Hartitzsch zwar zum Beweise fr. 37 und fr. 110 De legatis I. an, und in der ersten Stelle ist auch von einem legirten Sklaven, einem legirten Grundstück und einer legirten Schüssel, in der zweiten nur von einem legirten Sklaven die Rede. Allein bei dem Legate eines Sklaven lesen wir schon in den Quellen: legato generaliter relicto veluti hominis und Si heres generaliter servum dare jussus, zum deutlichsten Beweise, daß es ein genus legatum ist, und dasselbe gilt auch von dem Legate eines Hauses oder einer Schüssel, indem hier in beiden Fällen vorausgesetzt wird, daß der Testator mehrere gehabt hat, man aber nicht recht weiß, welche seiner Schüsseln, oder welches seiner Häuser er hat vermachen wollen.

49) fr. 95 De legatis III. die Worte stehen oben in Note 32.

Geldes noch enger begrenzt werden. Ist mir Jemand einen Thaler überhaupt schuldig, so ist er mir eine quantitas schuldig, weil er mir denselben in Pfennigen, Groschen u. s. w. zahlen kann. Der Schuldner hat hier die Auswahl aus mehrern generibus von Geldstücken. Ist mir aber Jemand ein Thalerstück schuldig, so ist dieß ein genus debitum. Bei einer Geldsorte, die keine Theilung mehr zuläßt, wie bei Pfennigen, wird sich gewiß folgende Ansicht vertheidigen lassen. Ist Jemand mir nur einen Pfennig schuldig, so kann ich dieß nur als ein genus debitum, nicht als eine quantitas debita betrachten, weil ich von dem Schuldner ein Pfennigstück verlangen kann, und außerdem eine quantitas wohl ein Complexum von mehrern Theilen in sich begreift [50]). Bei dem genus debitum hingegen finden wir nur selten, daß Jemand mehrere Species schuldig ist [51]); viel häufiger umfaßt das genus debitum nur eine einzelne species, z. B. fr. 37 pr. fr. 45 §. 1 De legatis I; fr. 29 §. 3 De legatis III; fr. 9 §. 1, fr. 10 De optione 33, 5; fr. 12 §. 7 D. quando dies legat. 36, 2; fr. 2 §. 1 De Verb. Obl. 45, 1. In

50) Ist mir Jemand zwei Pfennige schuldig, so ist dieß wenigstens in Preußen kein genus debitum, sondern eine quantitas debita, da der Schuldner aus zweien genera die Wahl hat, entweder zwei Pfennigstücke oder ein Zweipfennigstück zu leisten. Allerdings zeigt sich nun hier bei der Quantitas eine weit größere Ungewißheit, als bei dem genus, und da die Römer schon das genus mit dem Ausdruck incertum corpus bezeichneten, so thaten sie wohl besser daran, für die Quantität nicht mehr den Ausdruck corpus oder species zu wählen, sondern diese Benennungen der Quantität entgegenzustellen. Vergl. die oben Note 38 angeführten Fragmente.

51) fr. 41 §. 4 De legatis III; fr. 54 pr. De V. O. 45, 1.

allen diesen Stellen ist, da, wie bekannt, die Römischen Juristen meistens ihre Beispiele von Sklaven hernehmen, nur von zu leistenden Sklaven die Rede [52]), und es konnte daher scheinen, als ob der Ausdruck genus debitum etwa nur auf solche Objecte gienge, welche nicht pondere, numero et mensura constant, oder welche nicht in genere suo functionem recipiunt. Aber diese Meinung wird ausdrücklich durch fr. 83 §. 5 De Verb. Obl. 45, 1 [53]) widerlegt. Wenn nämlich Jemand, heißt es hier, sich hundert Eimer Wein aus einem bestimmten Weinberge versprechen läßt, so sei dieß ein genus debitum, keine quantitas debita (vini non species, sed genus stipulari videmur.) Und dadurch gewinnt die hier vorgetragene Ansicht, daß unter quantitates nur Geldsummen, nicht etwa noch Summen andrer vertretbarer Sachen von den Römischen Juristen gemeint sind, eine neue Stütze. Vielleicht möchte sich nach dem Bisherigen folgender Sprachgebrauch vertheidigen lassen: wird eine einzelne Sache generell geschuldet, so heißt dieß stets genus debitum, werden aber mehrere, und zwar solche Sachen, quae functionem recipiunt geschuldet, so heißt dieß: debentur res, quae pondere, numero et mensura constant, oder res, quae functionem recipiunt.

---

52) Nur in der letzten Stelle heißt es: veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas.

53) Si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur; et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur, et dari possit: et per has vices aut cessaturam, aut valituram stipulationem .... vini autem non species, sed genus stipulari videmur, et tacite in ea tempus continetur. In fr. 30 pr. vergl. mit §. 6 De legatis I scheint auch der Gegensatz von genus und species vorzuliegen.

Für dieſe Behauptung ließe ſich vielleicht fr. 1 §. 7 D. ad legem Falc. 35, 2 anführen, wo es heißt: et omne, quod ex bonis defuncti erogatur, refertur ad hanc legem, sive in corpore constet certo, incertove, sive pondere, numero, mensura valeat, aut etiam si ius legatum sit, ut ususfructus, aut quod in nominibus est; d. h. mögen Sachen hinterlaſſen ſein, die einzeln ſchon Werth haben, oder Sachen, deren Werth erſt in der Menge beruht, und mögen im erſten Falle die Sachen ſpeciell (certum), oder generell (incertum [54]) beſtimmt ſein.

Zuletzt noch zwei Bemerkungen.

Die gewöhnliche Behauptung, daß eine Sache in verſchiedener Rückſicht als körperlich und als unkörperlich betrachtet werden könne [55]), iſt nach dem Bisherigen wohl nicht zu unterſchreiben, ſondern nur das läßt ſich vertheidigen, daß mit certis corporibus eben ſo gut eine obligatio, die auf certa corpora, als eine obligatio, die auf incerta corpora oder eine quantitas gerichtet iſt, getilgt werden kann, und daß ein certum corpus, wie es Gegenſtand der obligatio iſt, eben ſo gut Object des Eigenthumes, oder jedes andern ius in re ſein kann.

Ferner lieſt man jetzt häufig, daß die res, quae functionem recipiunt in drei Rechtsmaterien vorkommen, bei dem

---

54) Daß der Ausdruck incertum ſich auf die Leiſtung eines genus beziehen könne, geht aus den bei *Brissonius* de V. S. v. incertus §. 18 angeführten Beiſpielen hervor.

55) Z. B. bei Weſtphal Arten der Sachen S. 5; Glück a. a. O. Bd. 2. S. 516; Köchy a. a. O. §. 172 S. 223.

Quasi Ususfructus, der dos, und der mutui datio [56]). Allein bei dem Quasi-ususfructus ist dieß nicht zu vertheidigen; denn ein geschliffener Diamant ist sicher eine res, quae functionem recipit, und an ihm ist doch gerade, wie z. B. an einem Grundstücke, einer res, quae functionem non recipit, ein Gebrauch salva substantia, also ein wahrer Ususfructus möglich. Nur die res, quae usu consumuntur vel minuuntur, die verbrauchbaren Sachen, beziehn sich nach der Ueberschrift und nach dem fr. 1 des Digestentitels de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur, vel minuuntur (7, 5) auf den Quasi ususfructus [57]). Daß nun aber vertretbare und verbrauchbare Sachen nicht identisch sind, ist gewiß [58]). Bei der dos werden zwar nicht ausdrücklich

56) Ausdrücklich kommt der genannte Ausdruck, wie eingestanden werden muß, nur bei dem letzten dieser drei Rechtsverhältnisse vor, in fr. 2 §. 1. De reb. cred. 12, 1. Doch dieß allein, daß der Name sich nicht findet, könnte kein Hinderniß ausmachen, wenn nur die Sache vorhanden ist.

57) Vergl. §. 2 I. de usufructu 2, 4. Constituitur autem usus fructus .... exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Daher irrt Glück, wenn er (Commentar Bd. 9 S. 172) behauptet: »Soviel den Gegenstand des Nießbrauchs anbetrifft, so können nur körperliche, und zwar nicht fungibele, Sachen zu einem wahren ususfructus gegeben werden;« indem er statt nicht fungibele nicht verbrauchbare Sachen sagen müßte. Doch möchte auch folgende gewöhnliche Angabe, daß das Objekt des wahren Ususfructus eine körperliche und nicht verbrauchbare Sache seyn müsse (vergl. Thibaut § 610, Mackeldey §. 280, Seuffert §. 167 in ihren Lehrbüchern), nicht genügend sein, sondern des Zusatzes: und eine fruchttragende Sache, bedürfen; weil sonst kein frui an der Sache sich denken läßt.

58) Es sind bereits die Diamanten als Beispiel angeführt. Aber auch trotz der Warnungen Thibauts a. a. O. §. 261 Note 5 vor dieser

res, quae functionem recipiunt genannt, jedoch res, quae pondere, numero et mensura constant [59]), und daß diese, wenn keine Privatdisposition entgegensteht, identisch sind mit jenen, kann man aus fr. 2 §. 1 De rebus creditis 12, 1 erkennen [60]).

Verwechselung, findet sich dieselbe recht häufig. So behaupten Mackeldey Lehrbuch §. 399. Bucher Recht der Forderungen §. 97 S. 340, 341 und Schilling Bemerkungen zur Römischen R. G. S. 58, Note 130, daß Jemand dem Andern nur eine nicht vertretbare Sache leihen könne, während fr. 3 §. 6 D. commodati 13, 6, worauf sie sich berufen, sagt: non potest commodari id quod usu consumitur.

59) Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt; quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et quantitatis alias restituat vel ipse, vel heres eius fr. 42 De Iure dotium 23, 3.

60) Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Walett freilich a. a. O. §. 796 Note 51 sieht in den res quae pondere, numero, mensura constant bei der dos »verzehrbare Sachen.«

Zweite Abhandlung.

Ueber den Begriff der unbeweglichen Sachen.

Zu den unbeweglichen Sachen gehört nach Thibaut [1]) I. von Natur außer den, nicht von einem Ort zum andern zu bringenden, Sachen Alles, was mit denselben unmittelbar oder mittelbar so zusammenhängt, daß es nicht ohne Verletzung davon getrennt werden kann (fr. 80 §. 2 De contr. emt. 18, 1; fr. 9 De peric. et comm. r. v. 18, 6; fr. 17 §. 3 De act. e. v. 19, 1; fr. 12 §. 23 De instruct. vel instrum. 33, 7) II. Vermöge rechtlicher Bestimmungen alle, zum beständigen Gebrauch, als Theil einer von Natur unbeweglichen Sache bestimmten (fr. 17 pr. §. 2. 7. 8. 9, fr. 13 §. 31, fr. 14, fr. 15 De act. e. v. 19, 1; fr, 40 §. 6 De contr. emt. 18, 1), und wirklich schon zu diesem Zwecke verwandten, nicht wieder in der entgegenstehenden Absicht ge-

1) Pandecten §. 259. Aehnliches findet man in allen Compendien.

trennten beweglichen Sachen (fr. 66 §. 2 De contr. emt. 18, 1; fr. 17 §. 5. 6. 10. 11, fr. 18 §. 1 De act. e. v. 19, 1).

Was nun die von Natur unbeweglichen Sachen betrifft, so werden in der ersten angeführten Stelle Eicheln genannt, die aber weder, wenn sie auf dem Baume hangen, noch wenn sie abgefallen sind, von Natur unbeweglich genannt werden können [2]), denn die (reife) Eichel kann doch sicher ohne Verletzung vom Baume getrennt werden. Doch auch die in den übrigen Stellen angeführten Beispiele: umgefallene Bäume, Deckmalereien, und am Hause befestigte Bildsäulen möchten von Natur nicht für unbeweglich gelten [3]). Auch wird, daß dergleichen Sachen vermöge rechtlicher Bestimmung unbeweglich sind, in diesen Stellen gar nicht gesagt, eben so wenig als die angeführten Beweisstellen für die Sachen, welche vermöge rechtlicher Bestimmungen unbeweglich sein sollen, diese Eigenschaft für sie aussprechen.

Nach einer richtigern Ansicht vielmehr muß man behaupten, daß in allen diesen Stellen nur darüber etwas festgestellt wird, was zu den Accessionen eines Grundstücks gehöre. So heißt es, um bei den von Thibaut angeführten Stellen stehn zu bleiben, in fr. 9. De periculo 18, 6. arbores vento vi

---

2) Wenn man nämlich zu den von Natur beweglichen Sachen nicht blos die res se moventes zählen will.

3) Selbst ein festgewurzelter Baum kann ja ohne Verletzung seiner Substanz mit der Wurzel ausgehoben, und wo anders hin verpflanzt werden, fr. 26 §. 2 De adq. rer. dom. 41, 1. fr. 5 §. 3 De rei vind. 6, 1. Daß der Baum quae in alienum fundum translata coaluit durch Menschenhand versetzt sei, zeigt Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts Heidelberg 1829. 8. S. 253.

deiectae — desierint *fundi esse*; in fr. 17, §. 3, De A. E. 19, 1 crustae marmoreae *aedium sunt*; in fr. 12, §. 23, De instructo 33, 7 sigilla et statuae adfixae... *domus portio sunt* [4]); in fr. 17. pr. De A. E. 19, 1 *Fundi nihil est*, nisi quod terra se tenet. *Aedium autem multa esse*, quae aedibus adfixa non sunt. — Multa etiam defossa esse, neque tamen *fundi aut villae haberi*, im §. 2 deſſelben Fragments ligna... *non sunt fundi*, tametsi ad eam rem comparata sunt; im §. 7 ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, *aedificii esse*; — fistulae... si perpetuo fuerint positae, *aedium sunt*; im §. 8 quae terra continentur, quamvis non sunt adfixa, *aedium esse* constat; im §. 9 Constat sigilla, columnas quoque... *villae esse*; in fr. 13, §. 3 D. eod. ea *esse aedium* solemus dicere quae quasi *pars aedium* habentur; in fr. 15 D. eodem. fistulae... *aedium sunt*. Item canales. Pisces autem, qui sunt in piscina, *non sunt aedium nec fundi*, in fr. 40 §. 6 De contr. emt. 18, 1. Rota, perquam aqua traheretur, nihilominus *aedificii est*; in fr. 66 §. 2 D. eod. ruta caesa ea sunt, quae *neque aedium neque fundi sunt*; in fr. 17 §. 5 De A. E. 19, 1. Quod insulae causa paratum est, ... non tamen videtur *aedium esse*, im §. 10 deſſelben Fragments Ea, quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur,

4) Wenn wir im §. 7 I. de iure naturali 1, 2 leſen Proponebant et Aediles curules edictum de quibusdam causis, quod edictum iuris honorarii portio est, ſo beziehen dieſe letzten Worte ſich gewiß auf die Redaction von Julian, wonach das Edict der Aedilen als Anhang, als Accessio, dem Edicte der Prätoren beigefügt, und in dieſer Geſtalt auch z. B. von Ulpian commentirt wurde. Vergl. Const. omnem §. 4.

aedificii sunt; im §. 11 deſſelben Fragmentes Pali, qui vineae causa parati sunt, ... *fundi non sunt* [5]) Endlich in fr. 18 §. 1 D. eod. Aliud iuris est in his (sc. tegulis), quae detractae sunt, ut reponerentur: *aedibus enim accedunt.*

Wird nun nicht mit dieſen letzten Worten auf das Deutlichſte geſagt, daß dergleichen Mobilien als Acceſſionen des Grundſtücks anzuſehn ſind [6])? Und daſſelbe wird ja auch in fr. 3 §. 15 De vi 43, 16 [7]) beſtätigt. Wer von Mobilien dejicirt iſt, darf nicht das Interdictum de vi anſtellen, nisi si rei soli *accedebant* res mobiles [8]). Wollte man nun aber dieſerwegen ſolche bewegliche Sachen, weil ſie als Nebenſachen das Schickſal der unbeweglichen Hauptſache theilen, für unbeweglich halten, ſo müßte man mit gleichem Rechte, z. B. urbana mancipia eines Mündels für Immobilien erklären, weil ſie, gleich deſſen Immobilien, ohne

5) Zu den hier im Texte angeführten Stellen laſſen ſich noch hinzufügen fr. 15 §. 24, 25 De instr. 33, 7; fr. 41 §. 12 De legat. I. fr. 38 §. 2 De A. E. 19, 1; fr. 245 §. 1 De V. S. 50, 16.

6) Thibaut ſelbſt a. a. O. §. 265 erklärt ſolche Sachen für Pertinenzen. Vergl. auch über die ausgezeichnet gedruckten Redensarten Wening Lehrbuch B. I §. 120 Note a (Zweite Ausgabe).

7) Consequenter autem dicemus ad res mobiles hoc interdictum non pertinere, si quis uti frui prohibitus est re mobili, nisi si rei soli accedebant res mobiles. Si igitur ibi fuerunt, dicendum est, etiam ad eas referri hoc interdictum debere.

8) Aus demſelben Grunde, weil ſie Acceſſion des Grundſtücks iſt, geht eine dem verkauften fundus zuſtehende Dienſtbarkeit mit der Hauptſache auf den Käufer über fr. 47 De contr. emt. 18, 1, ohne daß man aber deshalb ſagen kann, ſie »nimmt die Beſchaffenheit der Hauptſache an,« wie Thibaut a. a. O. §. 260 Note k behauptet.

Dekret der Obrigkeit nicht verkauft werden dürfen [9]). So bleiben denn nur Grundstücke aller Art als Immobilien übrig; denn es läßt sich nur scheinbar eine Aeußerung von Paulus [10]) dafür anführen, daß Sachen, die nicht leicht von der Stelle zu schaffen sind, zu den Immobilien gehören [11]).

---

9) c. 22 C. de administratione tutorum 5, 37.

10) fr. 1 §. 21 De adq. vel amitt. poss. 41, 2 argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas.

11) Vergl. Savigny das Recht des Besitzes. Fünfte Ausgabe S. 200. Man könnte zwar noch die Worte des Pomponius in fr. 21 De instructo 33, 7: nulla autem ex his rebus, quae moveri possunt, paucis exceptis, fundi appellatione continentur, dafür anführen, daß das Römische Recht auch einige Mobilien zu den Grundstücken, also zu den unbeweglichen Sachen, zähle. Allein bei genauer Betrachtung der ganzen Stelle zeigt sich leicht, daß hier nur eine Erklärung des Legats: fundus sine instrumento gegeben werden soll. Da das Instrumentum nur Mobilien begreift, so bleibt daher Wenig von den Mobilien für den legirten fundus als Accession zurück.

Dritte Abhandlung.

Ueber den Begriff der rerum universitas.

Die Sachen im engern Sinne, d. h. die möglichen Objecte unsrer Vermögensrechte, mit Ausnahme der Handlungen, also die res corporales, werden überall bei den Neuern in singulae res und universitates rerum eingetheilt, und die letztern wieder in universitas facti seu hominis und universitas iuris unterschieden. Allein diese Subsumtion der iuris universitas unter den Begriff der rerum universitas scheint nicht genügend sich vertheidigen zu lassen.

Die Veranlassung zu diesen Eintheilungen haben [1]) folgende Stellen gegeben fr. 23 §. 5 De R. V. 6, 1; fr. 30 pr. De A. vel A. P. 41, 2 und fr. 30 De usurp. 41, 3. Die beiden erstern Fragmente sind offenbar im Verhältnisse zum dritten unbedeutend zu nennen. Denn in der ersten Stelle [2]) werden nur cohaerentia corpora, z. B. eine Bild-

1) nach Thibaut Pandecten §. 262 Note u.

2) In his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat, singulas partes retinere suam propriam speciem

säule, von den distantia corpora, z. B. einer Schaafheerde, unterschieden, und in der zweiten [3]) werden die universae aedes den singulae res quae in aedificio sunt entgegengesetzt. Aber das dritte Fragment verdient wegen seiner Wichtigkeit eine genauere Betrachtung. Es ist von Pomponius, und lautet, insoweit es hierher gehört, folgender Maaßen:

Tria autem genera sunt corporum, unum quod continetur uno spiritu, et Graece ἡνωμένον vocatur: ut homo, tignum, lapis, et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur: ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat: ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex.

Offenbar ist hier, die noch nicht bezweifelte, Absicht des Juristen, eine vollständige Eintheilung der corpora aufzustellen, wie sie sich auch ganz übereinstimmend bis auf die Beispiele bei einem Anhänger der Stoa findet [4]).

---

ut singuli homines, singulae oves; ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus; sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret. Nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.

3) Qui universas aedes possidet, singulas res quae in aedificio sunt, non videtur possedisse. Idem dici debet et de nave, et de armario.

4) Seneca Epistola CII. Quid est, quod praedicere velim? Quaedam continua esse corpora, ut hominem; quaedam composita, ut navem, domum, omnia denique, quorum diversae partes iunctura in unum sunt coactae, quaedam ex distantibus, quorum

Corpus oder corporalis res umfaßt nun aber nach der ersten Abhandlung Alles, was durch die Sinne wahrgenommen werden kann, alle sichtbaren Wesen, gewiß Alles, was juristisches Interesse gewährt mit Ausnahme von Handlungen und Rechten. In dieser Bedeutung also ist corpus umfassender, als die gewöhnliche Bedeutung von Sache; da es auch die Person, ebenso gut die physische als die juristische, umfaßt. Sonach enthält eine vollständige Eintheilung der corpora gleichfalls eine vollständige Eintheilung der Sachen im engern Sinne, der res corporales, und noch etwas mehr. Die corpora zerfallen aber nach der mitgetheilten Stelle in drei Arten. Die erste Art der Körper ist gleichsam aus einem Gusse gemacht. Alles ist bei ihnen organisch zusammengefügt (corpora continua, quae uno spiritu continentur), und aus den Beispielen: Mensch, Stein, Balken, geht hervor, daß die Natur hier als Schöpferin solcher lebender oder lebloser Körper anzusehen ist, wenn gleich die Kunst auch sich daran versucht hat z. B. den Balken zu behauen, oder den Stein zu schleifen [5]). Die zweite Art der Körper besteht schon nicht mehr sowie jene ersten gleichsam aus einem Gusse; an ihnen lassen sich mit leichter Mühe die Zusammensetzungen der einzelnen Theile erkennen wiewol die Theile fest aneinander schließen, ein Ganzes bilden, und daher nicht mehr mit dem Namen belegt werden, den sie früher vor der Vereinigung zu einem Ganzen hatten. [6]) Die gewählten Beispiele

adhuc membra separata sunt, tanquam exercitus, populus, senatus Dürfte man es nicht wagen, das obenstehende Fragment des Pomponius aus der stoischen Philosophie zu erklären? Vergl. Thibaut Theorie der logischen Auslegung Zweite Ausgabe §. 43 S. 179.

5) Hierher gehört auch das in fr. 23 §. 5 De rei vind. 6, 1 (Note 2) erwähnte Beispiel von der Bildsäule.

6) Z. B. die früher einzelnen Bretter bilden jetzt einen Schrank.

Haus, Schiff, Schrank, zeigen deutlich, daß hier nicht die Natur, sondern die Kunst, Schöpferin dieser leblosen Sachen ist. Endlich die dritte Art von Körpern ist folgende: mehrere für sich, im Raume getrennt, fortbestehende Körger, von denen also nicht einer in den andern aufgelöst ist (corpora non soluta), werden als Theile eines neuen Körpers angesehen, der nur dadurch zu einem einzigen Körper wird, daß man seine Theile unter einem und demselben Collektiv-Namen zusammenfaßt. Die Beispiele, welche sich hierfür angeführt finden — das ganze Volk, oder eine Abtheilung desselben: der Senat; das ganze Heer, oder eine Abtheilung davon: die Legion; eine Heerde — zeigen deutlich, daß hier weder die Natur noch die Kunst der menschlichen Hände, Schöpferin dieser neuen Art von Körpern ist. Das Erschaffen dieses neuen Körpers ist rein Sache des Verstandes [7]; der Körper selbst existirt nur im Begriffe, seine einzelnen Theile aber gehören durchaus der Körperwelt an.

Warnkönig [8]) verlangt zum Wesen der rerum distantium universitas außerdem, daß die zu einem Ganzen verbundenen Sachen aufhören müssen, als eigne für sich bestehende Gegenstände angesehen zu werden, und ist daher der Meinung, daß die das corpus bildenden Sachen vertretbar sein müssen. Das erste ist gewiß unrichtig, und daher kann auch nicht der darauf gebaute Schluß vertheidigt werden. Denn wäre Warnkönigs Ansicht richtig, so müßte ein Schaaf,

---

7) »Das Ganze existirt mehr gedacht«: Warnkönig im Archiv für die civilistische Praxis Bd. IX № 9 S. 174. »Die Masse beruht, sofern sie als ein einiges Ganze gedacht wird, auf einer Erdichtung Hofmann über den Einfluß allgemeiner Pfandrechte u. s. w. S. 18.

8) a. a. O. §. 2.

welches ich bona fide in meine Heerde bringe, ebenso augenblicklich das meine werden, wie ein fremder Faden, den ich bona fide in meine Leinwand webe. Dieser Ansicht wird aber geradezu von den Römischen Juristen widersprochen [9]). So heißt es z. B. in fr. 79 pr. De legatis III, wenn das Hausgesinde legirt wäre, so müßte dieses gerade so angesehen werden, als hätte der Testator alle einzelnen Sklaven namentlich legirt [10]). Uebereinstimmend mit seinem Recensenten [11]) schließt Warnkönig (S. 183.) die Bibliothek von dem Begriffe der rerum distantium universitas aus; Jener, weil weder in der Natur, noch in der Bestimmung der Bibliothek ein Wechsel der in ihr befindlichen Gegenstände liegt, worin ihm das Wesen einer rerum distantium universitas zu bestehen scheint; Dieser, weil die einzelnen Theile der Bibliothek nicht als vertretbare Gegenstände angesehen werden können. Allein der Recensent hat das von ihm für nothwendig

9) De tertio genere corporum videndum est. Non autem grex universus sic capiatur usu, quomodo singulae res; nec sic, quomodo cohaerentes. Quid ergo est? Et si ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio; sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. Nec si quid emtum immixtum fuerit gregi, augendi eius gratia, id circo possessionis causa mutabitur; ut si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis; sed singulae suam causam habebunt, ita ut siquae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur fr. 30 §. 2 De usurp. 41, 3. Vergl. fr. 1 §. 3 De rei vind. 6, 1.

10) Si chorus aut familia legetur, perinde est, quasi singuli homines legati sint.

11) Allg. Hallische Literaturzeitung 1829 Ergänzungsblätter № 70.

erklärte Requisit nicht erwiesen. Denn das fr. 52 §. 1. und 7. De legatis III [12]), welches derselbe für seine Ansicht vorbringt, ist für diesen Streit von gar keiner Bedeutung. Der erste §. nämlich giebt nur eine Erklärung, wie ein Vermächtniß von hundert Büchern (also ein genuslegatum) zu verstehen sei; der siebente §. aber sagt nur, daß das Legat einer Bibliothek entweder legirte Bücher oder legirte Bücherschränke bedeute; ohne sich weiter darüber auszulassen, was für ein Legat dieses sei. Doch kann man nach den ganz übereinstimmenden Zeugnissen von Pomponius und Seneca, die durchaus nicht das Requisit des Wechsels als etwas Nothwendiges bei den einzelnen distantes res fordern, gar nicht zweifelhaft sein, daß ein Bibliotheken-Legat im Sinne der Römer, in beiden Fällen, ein universitatis legatum sei. Daß aber die einzelnen Bücher der Bibliothek theils absolut theils relativ vertretbar [13]) sind,

---

12) §. 1. Si cui centum libri sint legati, centum volumina ei dabimus, non centum, quae quis ingenio suo metitus est, cui ad libri scripturam sufficerint. Utputa cum haberet Homerum totum in uno volumine, non quadraginta octo libros computamus, sed unum Homeri volumen pro libro accipiendum est. §. 7. Sed si bibliothecam legaverit, utrum armarium solum, vel armaria continebuntur, an vero libri quoque contineantur, quaeritur? et eleganter Nerva ait, interesse id, quod testator senserit; nam et locum significari bibliothecam eo, alias armarium, sicuti dicimus, eboream bibliothecam emit; alias libros, sicuti dicimus, bibliothecam emisse.

13) Absolut vertretbar — indem statt des einen Exemplars ein gleichgebundenes Exemplar derselben Ausgabe ganz dessen Stelle vertritt. Relativ vertretbar — indem es für den Begriff der Bibliothek vollkommen gleichbedeutend ist, ob diese oder jene Bücher darin enthalten sind, und dem Berechtigten an der Bibliothek es nur auf den Verkaufswerth ankommt, nicht auf den Inhalt der Bücher. Daß hier Ausnahmen in jener und in

kann nicht gut bezweifelt werden; und der Ausspruch Marcians in fr. 13. pr. De pignor. 20, 1. [14]) von der verpfändeten Heerde läßt sich vollkommen auch auf eine Bibliothek anwenden, und daher mit Recht sagen; bibliotheca pignori obligata, qui postea adquiruntur libri, tenentur; sed etsi, prioribus libris divenditis, tota bibliotheca fuerit renovata, pignori tenebitur.

Fragt man nun, ob die genannten drei Arten der Corpora auch Arten von Sachen sind, so muß die Antwort bejahend ausfallen. Denn ein Balken, ein Haus, eine Heerde, Beispiele von allen drei Arten der corpora, sind zugleich Beispiele von Sachen; und zwar enthält die zweite Art von corpora nur Sachen, die erste und dritte auch Personen [15]). Doch mögen hier die Personen übergangen werden, welche noch in dem Ausdrucke Corporation auch in unsrer Sprache die Verwandtschaft mit dem Römischen corpus leicht erkennen lassen indem hier nur von dem Unterschiede gehandelt werden soll, welchen die Neueren zwischen singulae res und universitates rerum aufstellen, und aus der bisher erklärten Stelle begründen wollen, wobei aber nach dem Bisherigen schon vorauszusetzen

---

dieser Beziehung vorkommen, ist gewiß, allein dieß ist nicht auffallend, da jede vertretbare Sache auch als unvertretbar behandelt werden kann.

14) Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur; sed et si prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus pignori tenebitur.

15) Denn der bei der ersten Art der corpora genannte homo bedeute hier etwas Anderes als im Institutionen-Titel de rebus incorporalibus wo der homo als Beispiel einer res corporalis nur einen Sklaven bedeuten kann. Hier nämlich bedeutet homo einen Menschen überhaupt, also ebensogut einen Unfreien (Sache), als einen Freien (Person).

iſt, daß dieſe Eintheilung in unſrer Stelle nur auf corporales res gehen kann.

Was die erſte Gattung der Sachen, die corpora, quae uno spiritu continentur, die einfachen Sachen, betrifft, ſo kann wohl nicht bezweifelt werden, daß ſie zu den singulae res gehören. Darin ſtimmen auch alle Juriſten überein, und es bedarf daher bloß einer Erörterung, ob nur eine der beiden, oder alle beiden andern Gattungen von Sachen zu den universitates rerum zu zählen ſind. Seuffert [16]) behauptet Folgendes: »Die Sachen ſind entweder einzelne Sachen, oder universitates. Unter jenen unterſcheidet man wieder einfache oder zuſammengeſetzte. Unter universitas (rerum) verſteht man eine Mehrheit einzelner Sachen, welche als Einheit Gegenſtand eines Rechtes iſt«. Die zuſammengeſetzten Sachen zählt daher Seuffert, ſo wie Glück [17]) zu den singulae res wiewohl im ſchneidenſten Widerſpruch mit den Quellen. Schon Warnkönig [18]) bemerkt, daß man nach der bisher erklärten Stelle des Pomponius ſo unterſcheiden könne: res unitae und universitates, und die letztern in universitates rerum cohaerentium nud rerum distantium So aber kann man nicht bloß unterſcheiden, ſondern ſo nur muß man unterſcheiden.

Denn wo man in den Quellen den Ausdruck universitas (rerum) gebraucht findet, da bezieht ſich derſelbe eben ſo gut, und faſt noch öfter auf die cohaerentes, als auf die di-

16) Lehrbuch des practiſchen Pandectenrechts §. 62.

17) Pandecten Bd. 2 §. 172 a.

18) a. a. O. S. 174 Note 10.

stantes res z. B. fundi universitas [19]), aedificii universitas [20]), aedium universitas [21]). Am Deutlichſten iſt dieſe Gleichſtellung beider Arten der universitates im §. 18 I. de legatis 2, 20 ausgeſprochen. Est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus. Die Heerde iſt aber das häufigſte Beiſpiel der rerum distantium universitas [22]). Doch finden ſich auch andere Beiſpiele z. B. ein Geſpann Pferde [23]); das Hausgeſinde Jemandes [24]), das Guts-Inventar, wozu ebenfalls Heerden, Geſpann und Hausgeſinde gehören können [25]), ein Waarenlager [26]). Bei dieſem Letztern wird nun ausdrücklich geſagt [27]), daß die aus dem Verkaufe der Waaren entſtandenen Forderungen, alſo

19) fr. 30 D. fam. ercisc. 10, 2; fr. 10 De legatis II; fr. 2 §. 6 D. pro emtore 41, 4.

20) fr. 7 §. 11 De adq. rer. dom. 41, 1.

21) fr. 23 pr. De usurpat. 41, 3. Plinius ſpricht von der universitas einer Rede Epistolae lib. I ep. 8 §. 3, und eines Buches lib. II, ep. 5 §. 7.

22) fr. 1 §, 3, fr. 23 §. 5 De rei vind. 6, 1; fr. 70 §. 3 De usufructu 7, 1; fr. 13 pr. De pignor. 20, 1; fr. 20 §. 2 De usurp. 41, 3.

23) fr. 65 §. 1 De legatis II; fr. 38 §. 14 De aedil. edict. 21, 1.

24) fr. 29 pr. De V. O. 45, 1 Sed et familiae, vel omnium servorum stipulatio una est.

25) fr. 8 De instructo 33, 7.

26) fr. 34 De pignor. 20, 1; fr. 91 §. 2 De legatis III.

27) Pater filio tabernam purpurariam cum servis institoribus et purpuris, quae in diem mortis eius ibi fuerunt, legavit, neque pretia purpurae condita, neque debita, neque reliqua legato contineri placuit fr. 91 §. 2 De legatis III.

iura, nicht dazu gehören, sondern nur körperliche Sachen, wie dies auch der Begriff der universitas rerum mit sich bringt [28]). Trotz dem aber, daß sich die Römischen Juristen ausdrücklich dagegen erklären, einen Complex von Vermögensobjecten, der nicht bloß aus körperlichen Sachen besteht, zu den universitates rerum zu zählen, so wollen doch die Neuern [29]) unter den Begriff der universitas rerum auch dasjenige, was sie iuris universitas nennen, ziehen: hereditas, peculium und dos [30]), weil in jeder dieser univer-

---

28) fr. 92 pr. De legatis III. Paulus libro XIII Responsorum. »Si mihi Maevia et Nigidia filiae meae heredes erunt, tunc Maevia e medio sumito, praecipito, sibique habeto fundos meos, illum et illum cum casulis et custodibus omnium horum fundorum, et cum his omnibus agris, qui ad coniunctionem ciusque eorum fundorum emtione, vel quolibet alio casu obtigerint: item cum omnibus mancipiis, pecoribus, iumentis, ceterisque universis speciebus, quae in iisdem fundis, quove eorum, cum moriar, erunt, uti optimi maximique sunt, utique eos in diem mortis meae possedi, et ut plenius dicam, ita uti cluduntur.« In fundo autem uno ex his qui praelegati sunt, tabularium est, in quo sunt et complurium mancipiorum emtiones, sed et fundorum et variorum contractuum instrumenta, praeterea et nomina debitorum. Quaero an instrumenta communia sint? Respondi secundum ea, quae proponuntur, instrumenta emtionum, item debitorum, quae in fundo praelegato remanserunt, non videri legato contineri.

29) Warnkönig a. a. O. S. 174 Note 10 u. S. 177 hatte sich zuerst, aber schwankend dagegen, erklärt, indem er S. 178 die iuris universitas inconsequent eine Gesammtsache nennt. Passend handelt Lang Lehrbuch §. 114 von der universitas rerum, §. 119 von der universitas iuris, nennt aber doch §. 411 die Erbschaft eines Menschen universitas rerum, nicht iuris.

30) fr. 20 §. 10 De hered. pet. 5, 3. Non solum autem in here-

sitates doch mehrere für sich bestehende Sachen sich befinden, oder wenigstens befinden können, die als ein Ganzes mit einem Worte zusammengefaßt werden [31]). Allein dies streitet durchaus gegen die Ansichten der Römer, welche alles dieses gar nicht zu den res, sondern zu den iura zählen. So sagen sie von der hereditas, der wichtigsten dieser universitates: hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet [32]). Eine hereditas ohne corporales res läßt sich daher sehr gut mit ihrem Begriffe als einem Rechte vereinigen [33]); aber eine universitas rerum ohne res corporales ist ein Unding. Ganz dasselbe aber, was von der hereditas, gilt auch von der dos und vom peculium [34]). Beide kön-

---

ditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate.

31) Daher kann vielleicht auch das Legat des Mannes an die Frau quidquid ei donavi fr. 33 §. 1 De legatis III (uxori meae quidquid vivus dedi, donavi, usibusve eius comparavi, concedi volo) als Vermächtniß einer iuris universitas angesehn werden. Vergl. Note 46.

32) fr. 50 pr. De hered. petit. 5, 3; fr. 119 De Verb. Sign. 50, 16 Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem; iuris enim nomen est, sicut bonorum possessio; fr. 178 §. 1, fr. 208 D. eod. Bonorum appellatio sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis, et non singulares res demonstrat. Dasselbe gilt auch vom peculium fr. 30 pr. De peculio 15, 1. Hofmann a. a. O. S. 27—29.

33) Etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait fr. 3 pr. De Bon. Poss. 37, 1. Unmittelbar vorher heißt es von der hereditas und der bonorum possessio: est enim iuris magis, quam corporis possessio.

34) Vergl. Hofmann a. a. O. S. 24—33.

nen ja möglicher Weise nur in Forderungen oder nur in einer einzigen Forderung bestehn.

Diese universitas rerum (cohaerentium und distantium) bildet daher eine Species der res corporales oder der res im engern Sinne [35]), die universitas iuris hingegen, wie schon ihr Name anzeigt, eine Species der res incorporales oder der iura [36]). Will man beide universitates daher einem einzigen Begriffe subordiniren, so muß dies wieder der weiteste juristische Begriff von res (allem juristisch Interessanten) seyn, wonach er die Rechte und deren Objecte umfaßt. Zu dieser Annahme paßt auch sehr gut, daß der Ausdruck universitas nicht blos in Beziehung auf Rechte (Personen), und Sachen im engern Sinne [37]), sondern sogar auch in Beziehung auf Handlungen vorkommt. So lesen wir in fr. 51, §. 1. D. locati 19, 2, daß die universitas consummationis den singulae operae entgegen gestellt wird. Dieß möchte denn wohl eine facti universitas zu nennen seyn; was aber die Neuern darunter verstehn, paßt zu dem Ausdrucke gar nicht.

---

35) Unrichtig ist es daher, wenn Schweppe a. a. O. §. 86 auch alle universitates rerum für unkörperlich erklärt und Roßhirt (Archiv Bd. 8 S. 22) von der rerum universitas behauptet, daß sie kein corpus, sondern ein Denk- und Sprachcomplex sei.

36) Durch eine solche richtige Bestimmung der universitas iuris wird auch die falsche Ansicht vermieden, als könnten rerum universitates (oder einzelne Sachen) Personen darstellen. Nach uns werden nur Rechts-Gesammtheiten unter gewissen Umständen als Personen gedacht werden können. Vergl. Hofmann a. a. O. S. 21. 24. 34.

37) So finden wir iuris und rerum universitates zusammengestellt im fr. 6 De leg. I Grege autem legato ... Idemque dicemus peculio legato, aut veste, aut argento, aut similibus.

Die universitas iuris, im Gegensatze der singula iura, scheint sich aber so erklären zu lassen. Die Objecte unserer Vermögensrechte sind entweder Sachen allein (ius in res. in corpore) oder Handlungen allein (obligatio), oder Sachen und Handlungen zugleich (iuris universitas). Freilich ist es möglich, daß eine solche universitas nur corpora in sich schließt, wie z. B. wenn ein dotalis fundus den ganzen Gegenstand der dos ausmacht, oder wenn ein reisender Handwerker sein ganzes Vermögen in Geld und Kleidern bei sich trägt. Ebensogut können aber auch nur obligationes den Gegenstand der iuris universitas ausmachen, denn das Wesen derselben besteht nur darin, daß sie alle Arten von Vermögensrechten in sich aufnehmen kann [38]). Also auch hier findet sich, wie bei der Eintheilung in res corporales und incorporales, zum Theil die Eintheilung der Rechte mit der der Sachen verwechselt, und es muß daher eine nirgends vorgetragene Eintheilung der Rechte: iura singula im Gegensatz der iuris universitates, aufgestellt werden.

Findet sich demnach der Gegensatz von corpora oder res singulae und universitas (iuris), so ist dieser Unterschied nicht dem etwa zwischen singula capita und universus grex, sondern dem zwischen corpus und ius analog [39]).

---

38) Der omnium bonorum ususfructus kann auch als eine solche iuris universitas angesehn werden. c. 1 C. de usufructu 3, 33.

39) So z. B. in fr. 1 §. 1. D. quor. bonor. 43, 2 »ad universitatem bonorum, non ad singulas res«; fr. 1 pr. De interdictis sive 43, 1 »aut ad universitatem pertinent... aut ad singulares res«; fr. 1 pr. De rei vind. 6, 1 »Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subiicitur actio singularum rerum petitionis«; fr. 1 §. 4 De dote prael. 33, 4 »non ad singula corpora, sed ad universitatem« sc. dotis; fr. 5 pr. De impensis in res dot. 25, 1 »non enim

Da die rerum universitas nicht blos Gegenstand des Eigenthums [40]), der persönlichen Servituten [41]), und des Pfandrechtes [42]), sondern auch, so wie genus und quantitas stets, Gegenstand einer Forderung seyn kann [43]), so fragt sich, wie sich diese letztern von der universitas in dieser Beziehung unterscheiden? Verspreche oder vermache ich Jemandem meine Sklaven, d. h. alle meine Sklaven, so ist dies für meine Erben eine schuldige universitas, weil diese Sklaven unter dem gemeinsamen Namen familia servorum zusammengefaßt werden, und sie zugleich ein universum bilden. Sind hingegen z. B. zehn meiner Sklaven legirt oder versprochen, so ist dies ein genus debitum. Ist nur meine urbana, oder nur meine rustica familia legirt [44]), so ist dies auch universitas legata, indem ja nach Pomponius und Seneca die Armee ebensogut wie jede einzelne Abtheilung derselben eine universitas, freilich personarum bildet. Daher ist wohl das

---

ipso iure corporum, sed dotis fit diminutio‹; fr. 208 De V. S. 50, 16 ›Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam, ac ius successionis, et non singulares res demonstrat.‹ Auch der Ausdruck adquirere per universitatem sc. iuris gehört hierher.

40) fr. 16 De donationibus 39, 5.

41) fr. 34 §. 2; fr. 70 §. 3 De usufructu 7, 1.

42) fr. 34 De pignoribus 20, 1.

43) fr. 29 pr. De V. O. 45, 1 ›Sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est.‹ Vergl. c. 5 C. in quib. caus. pign. 8, 15.

44) Peculium legatum augeri et minui potest, si res peculii postea esse incipiant aut desinant. Idem in familia erit, sive universam familiam suam, sive certam, veluti urbanam aut rusticam legaverit, ac postea servorum officia vel ministeria mutaverit. Eadem sunt, lecticariis aut pedisequis legatis fr. 65 pr. De legatis II.

generale legatum der Neuern [45]) den Römiſchen Begriffen widerſtreitend. Auch laſſen die Beiſpiele, welche man dafür anführt, eine ganz andere Erklärung zu [46]). Hat Jemand all ſein Papier [47]), Oel, Getreide, Salz u. ſ. w. legirt, ſo gilt dies als universitas legata [48]). Ueberhaupt gehören die Digeſten-Titel de tritico, vino, vel oleo legato (33, 6); de instructo vel instrumento legato (33; 7) de penu legata (33,9) de supellectile legata (33, 10); de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis (34, 2) alle zu den Legaten einer universitas rerum, wenn nämlich alle Kleider oder alles Silbergeſchirr hinterlaſſen iſt. Beim Kaufe in aversione bildet z. B. der gekaufte Haufen Getreide ebenfalls eine rerum universitas [49]).

---

45) Vergl. *Muehlenbruch* Doctrina Pandectarum §. 553 Note 1.

46) fr. 40 pr. De auro 34, 2 argentum viatorium meum dari volo ſpricht von einer universitas (rerum) legata; §. 17 I. de legatis 2, 20 (ancillas cum suis natis) enthält ein Vermächtniß mehrerer einzelner Sachen; fr. 41 §. 4 De legatis III (pueros quinque ex meis, dumtaxat intra septem annos) ein generis legatum; und für das in fr. 33 §. 1 D. eod. vorkommende Legat ſcheint gerade am wenigſten der Name generale legatum zu paſſen, da in den Worten uxori meae quidquid vivus dedi, donavi, usibusque eiusque comparavi, concedi volo offenbar keine Beſchränkung auf irgend eine Gattung von Sachen liegt, und daher das Legat ebenſogut Sachen als Rechte (cedirte Forderungen) in ſich begreifen kann. Vergl. Note 31.

47) Chartas meas universas fr. 52 §. 4 De legatis III.

48) fr. 7 De tritico. 33, 6. Vergl. fr. 8 De auro 34, 2 »ornamentorum universitati.«

49) fr. 35 §. 5 und 6. »Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio. — De contr. emt, 18, 1. *Muehlenbruch* a. a. O. §. 621, »in universitate vendita.«

Hingegen das annuum legatum, wenn es in Geldsummen besteht, ist ein quantitatis legatum. Darin stimmen einzelne Vermächtnisse einer rerum universitas mit dem Vermächtnisse einer quantitas überein, daß durch die Leistung derselben mehrere Gattungen von Sachen an den Honorirten kommen, wie z. B. bei der supellectilis legata [50]). Aber während dies in dem angegebenen Falle etwas Wesentliches ist, weil solche mannigfache Gattungen in der Erbschaft sich befinden, hängt es beim quantitatis legatum in der Regel ganz von der Willkühr des Belasteten ab, ob er die Summen in verschiedenen Geldsorten, oder Alles in derselben Münze zahlen will.

---

50) Legata supellectile, cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur, si tamen species certi numeri demonstratae fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur. Idem servabitur instructo praedio legato, si quaedam species numerum certum acceperint. fr. 9 pr. De supellectili 33, 10.

Vierte Abhandlung.

Ueber die Theilbarkeit der Sachen und Rechte.

In allen Compendien des Römischen Rechts lesen wir von einer Eintheilung der Sachen (im Gegensatze der Handlungen) also der Objecte der Rechte in theilbare und untheilbare, und einer Untereintheilung derselben in physisch oder nach der Natur der Sache [1]), und juristisch [2]) oder intellectuell theilbare und untheilbare.

Allein diese physische, oder nach der sogenannten Natur der Sache Statt findende Theilbarkeit ist in der That

---

1) Thibaut Pandecten §. 263; Bucher des Recht der Forderungen §. 39; Hartitzsch Röm. Privatrecht. S. 61.

2) Bei *Hofacker* principia etc. §. 740, 741 naturalis und civilis partitio, bei *Guenther* principia §. 176 »Fit divisio aut corpore aut intellectu iuris.«

3) Wening Ingenheim Lehrbuch B. I §. 119 Zweite Ausgabe; Valett Lehrbuch §. 84.

keine solche mit der Natur einer körperlichen Sache übereinstimmende. Der Begriff des Physischen ist hier ein durch die Jurisprudenz in sehr enge Grenzen geschlossener Begriff, und es zeigt sich, wie sehr mißlich es mit der von den Juristen sogenannten Natur der Sache ist. Nach der wahren Natur einer körperlichen Sache ist eine solche stets theilbar [4]): es giebt keine Körper, welche nicht physisch theilbar wären. Atome existiren nicht. Wenn daher das Römische Recht mit der Natur der Sache und der Physik nicht übereinstimmt, so ist es ein Mißbrauch hier von einer physischen, und nach der Natur der Sache Statt findenden Theilung zu sprechen, und damit einen viel engern Begriff zu verbinden, als es die Natur erfordert. Doch welche Sachen nach diesem engern Sinne für theilbar nach Römischen Recht zu halten sind, darin stimmen die Neuern nicht unter einander überein, was in der That schon einen deutlichen Beweis zu enthalten scheint, daß die Bestimmungen, welche das Römische Recht hierüber enthält, mißverstanden sind.

Thibaut a. a. O. sagt, nach der Natur der Sache sei eine Sache theilbar, wenn sie »ohne Zerstörung in Theile zerlegt werden kann.« Wening Ingenheim a. a. O. erklärt eine Sache nur dann für physisch theilbar, wenn sie »dergestalt in Theile getrennt werden kann, daß jeder Theil ein selbstständiges Ganze bildet. [5])« Mackeldey verbindet

---

4) Seneca Naturales Quaestiones lib. II cap. 2 Dixi de partibus, in quas omnis rerum naturae materia dividitur.

5) Daß diese Ansicht unrichtig ist, und daher auch die gleich zu erwähnenden, geht mit der größten Evidenz aus fr. 13 §. 2 De acceptilatione 46, 4 hervor. Illud certum est, eum, qui fundum stipulatus, usumfructum, vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio

beides, indem er sagt: »Physisch theilbar ist eine körperliche Sache, wenn sie ohne ihre gänzliche Zerstörung in Theile zerlegt werden kann, von denen jeder nach der Theilung ein abgesondertes für sich bestehendes Ganze ausmacht [6].« Rubo setzt noch hinzu: »jeder Theil muß von derselben Qualität als das Ganze seyn [7].« Sonach sehen wir allmählig in immer engere Grenzen den Begriff der natürlich seyn sollenden Theilung eingeschlossen. Juristisch theilbar ist nach der ziemlich übereinstimmenden Lehre der Neuern eine Sache ohne Unterschied, ob sie physisch theilbar oder untheilbar ist, insofern als mehrere Personen dieselbe gemeinschaftlich, d. h. nach intellectuellen Antheilen besitzen können. Juristisch untheilbar ist eine Sache, wenn rechtlich ein Theil derselben auch nicht einmal gedacht werden kann [8]. Soviel was die Meinungen der Neuern betrifft. Vergleichen wir nun die freilich sparsamen Aeußerungen des Römischen Rechts!

Daß die Römer wirklich zweierlei mögliche Theilungen an Sachen, reelle und intellectuelle, unterschieden haben, ist nicht zu leugnen. Sie drücken die reelle Theilung durch pro diviso, die intellectuelle durch pro indiviso aus, und die Benennung pars lassen sie nach der vorherrschenden Meinung

---

non valeat. Qui enim accepto facit, vel totum, vel partem eius quod stipulatus est, debet accepto facere: hae autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat cementa, vel fenestras, vel parietem, vel diaetam. Vergl. fr. 59 De rei vind. 6. 1.

6) Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. §. 151.

7) Ueber Theilbarkeit der Obligationen. S. 35.

8) Vergl. z. B. Mackeldey a. a. O.

auf beide Arten der Theilung gehn [9]). Nun fragt es sich, fallen bei den Römern beide Begriffe von Theilung zusammen, oder nicht? oder kann nach der Lehre der Römischen Juristen Alles, was pro indiviso besessen wird, auch pro diviso besessen werden? Hierfür giebt es eigentlich nur eine einzige sprechende Stelle, welche zeigt, daß allerdings nach Römischen Ansichten nicht alle Sachen beide Arten der Theilung zulassen. In fr. 8 De rei vind. 6, 1 [10]) erwähnt Paulus einer Aeußerung des Pomponius, aus welcher hervorgeht, daß ein fundus auf zweierlei Weise besessen werden könne, und setzt hinzu, daß eine solche Verschiedenheit des Besitzes nicht bei beweglichen Sachen vorkommen könne. Bewegliche Sachen nämlich ließen nur die eine Art der Theilung, die intellectuelle, pro indiviso, zu.

Darnach läßt sich also der Grundsatz aufstellen: Mobilien werden nach Römischem Rechte nur für intellectuell theilbar angesehen, Immobilien dagegen ebensogut für reell als für

---

9) Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum fit, id non partem sed totum esse: Servius, non ineleganter partis appellatione utrumque significari fr. 25 §. 1 De V. S. 50, 16. Vergl. fr. 6 §. 1 D. communia praed. 8, 4, quia non est pars fundi, sed fundus.

10) Paulus libro XII ad edictum. Pomponius libro trigesimo sexto probat: si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem, tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum, nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse; et ideo de quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione, locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest.

intellectuell theilbar [11]). Bleiben wir nun dabei stehen, so fällt der Unterschied, welchen die Neuern dahin aufstellen, ob eine Sache physisch theilbar sey oder nicht, mit dem Unterschiede zwischen Immobilien und Mobilien zusammen. Jene sind, nach den Ansichten der Römer, reell theilbar, diese sind es nicht; und es scheint daher sehr überflüssig, diese Eintheilung als eine Eintheilung aller Sachen nach Römischem Rechte aufzustellen. Richtiger möchte es seyn, bei den Mobilien bloß die Bemerkung hinzuzufügen, daß diese nach Römischen Rechtsbegriffen keine Theilung zulassen [12]). Zwar behauptet Thibaut a. a. O., daß eben bei beweglichen körperlichen Sachen die Theilung eine Zerstörung mit sich führe, und daß daher seine Erklärung sich von der Wahrheit gar nicht entferne. Allein ein z. B. funfzig Fuß langer Balken bleibt, nachdem er mitten durchgesägt ist, noch immer ein Balken. Eine sechszollige Diele der Länge nach durchschnitten, bleibt noch immer eine Diele. Hier bildet auch jeder Theil ein selbstständiges Ganze, und jede Hälfte ist von derselben Gattung als das Ganze war, so daß allen jenen Definitionen der Neuern genügt, und damit zugleich deren Unhaltbarkeit nachgewiesen ist. Offenbar harmoniren die Ansich-

11) Vergl. fr. 19 pr. D. comm. div. 10. 3 »cum aut lapis exemtus, aut arbor eruta, vel succisa est, communis pro indiviso fiet«; §. 5 I. de officio iud. 4, 17; fr. 31 §. 6 De aedil. edicto 21, 1 »nisi forte tale sit, quod divisionem non recipiat, utputa ancillae partus; fr. 26 De legatis I sin autem vel naturaliter indivisae sint.

12) Seuffert a. a. O. §. 63 erklärt Häuser für untheilbar, weil sie nicht ohne Verletzung ihrer Wesenheit in Theile zerlegt werden können. Diese Ansicht wird er aber selbst nicht vertheidigen können, wenn er in fr. 6 §. 1 D. comm. praed. 7, 4 die Worte liest: si dominus pariete medio aedificato, unam domum in duas diviserit, ut plerique faciunt.

ten der Neuern deshalb nicht mit dem einfachen Grundsatze des Römischen Rechts, weil man im Römischen Rechte gerade hier nichts Positives, sondern etwas mit philosophischen oder physischen Prinzipien Uebereinstimmendes erwartete. Es gedenkt zwar das Römische Recht solcher Sachen, deren Theilung nur mit Zerstörung ihrer Substanz möglich ist, allein ohne diese für untheilbar zu erklären [13]).

Soviel was die physische Theilbarkeit betrifft, wir kommen zur juristischen.

Hier stellen die Neuern die Behauptung auf, daß nicht alle Sachen juristisch theilbar sind, und sie unterscheiden daher zwischen juristisch theilbaren und juristisch untheilbaren Sachen. Jene bilden die Regel, diese die Ausnahme. Fragt man aber nach Beispielen, so werden überall die Grunddienstbarkeiten angeführt [14]). Doch schon dieß Beispiel deutet an, daß hier wieder das ursprüngliche Feld der Eintheilung, die sich auf Objecte der Rechte, auf Sachen, beziehen sollte, verlassen ist, und daß man sich bei einem Unterschiede der Rechte befindet. Alle körperlichen Sachen sind nämlich auch nach Römischem Rechte juristisch theilbar. Dies folgt für die Immobilien theils aus dem Grundsatze, daß sie körperlich theil-

13) Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat fr. 35 §. 3 De Rei Vind. 6, 1.

14) Vergl. Thibaut a. a. O.; Mackeldey a. a. O.; Hofacker Principia §. 741: Schweppe Pandecten §. 91; Seuffert Pandecten §. 63. Glück Commentar Bd. XI. S. 49. Was Glück noch ausserdem S. 43 anführt, ist deswegen nicht zu vertheilen, weil es gänzlich dem Verkehr entzogen sein soll, wie z. B. verbotene Schriften.

bar sind [15]), theils aus fr. 8 De rei vind. 6, 1 (S. oben Note 10), für die Mobilien aus fr. 54, pr. De V. O. 45, 1 [16]), und fr. 5 De stipulat. servorum 45, 3 [17]). Wie also die Unterscheidung in juristische Theilbarkeit und Untheilbarkeit für die körperlichen Sachen von gar keinem Interesse ist, so kann bei den Rechten natürlich nur von einer juristischen (nicht von einer körperlichen) Theilbarkeit oder Untheilbarkeit die Rede seyn. Darnach müssen wir also die einzelnen Rechte durchgehn, um zu sehn, welche Rechte die Römer für juristisch theilbar, welche sie für untheilbar angesehn. Ein Recht aber erklären wir für untheilbar, wenn sich mehrere Berechtigte in der Ausübung dieses Rechts gar nicht theilen können, oder mit andern Worten, wenn mehreren Berechtigten nicht pro parte, sondern nur in solidum die in Frage stehende Berechtigung zu Theil werden kann [18]).

Daß zuerst das dominium nicht zu den juristisch untheilbaren Rechten gehöre, wird ganz ausdrücklich gesagt in fr.

---

15) Hotomani Quaestionum Illustrium lib. Quaest 18 in seinen Opera Bd. 1 S. 897 F. quae naturaliter dividuae sunt, multo magis civiliter sunt dividuae.

16) Cum species stipulamur, necesse est inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debebuntur, veluti quum Stichum et Pamphilum quis stipulatus, duos heredes aequis partibus reliquit, necesse est, utrique partem dimidiam Stichi et Pamphili deberi.

17) Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore.

18) Aehnlich ist die Definition von Lang Lehrbuch §. 120, welcher übrigens gar nicht von der Eintheilung in theilbare und untheilbare Sachen handelt.

5, §. 15 D. commodati 13, 6. duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse. Daraus geht hervor, daß das Eigenthum nie, selbst nicht an einer beweglichen Sache, untheilbar seyn kann. Auch fehlt es nicht an Beispielen, welche den Grundsatz der juristischen Theilbarkeit des Eigenthums auch für bewegliche Sachen bezeugen [19]). Bei dem usufructus finden wir ebenfalls diese juristische Theilbarkeit ausgesprochen [20]), aber für alle übrigen, Personen und Grundstücken zustehenden, Servituten geleugnet [21]). Dagegen sehn wir uns vergebens nach ausdrücklichen Bestimmungen [22]) für die Emphyteusis und die Superficies um. Behandeln wir diese Institute nach der Analogie des Eigenthums an unbeweglichen Sachen, so werden wir das Recht des Superficiarius und des Emphyteuta für theilbar erklären müssen. Nehmen wir zum Vorbild dieser Rechte die Prädial-Servituten, so werden wir

19) Plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent fr. 66 §. 2 De legatis II; fr. 5 De stipulatione servorum 45, 3; fr. 29 De solutionibus 46, 3.

20) Placet vel certae partis, vel pro indiviso, usumfructum non utendo amitti fr. 25 D. quib. modis ususfr. 7, 4. Vergl. die folgende Note. Auffallend ist diese Erklärung der Römischen Juristen, da sie vom ususfructus sagen: ex facto consistit fr. 1 pr. D. quando dies ususfr. 7, 3.

21) fr. 1 §. 9 D. ad legem Falcid. 35, 2 Si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt. Vergl. fr. 25 §. 9 D. familiae ercisc. 10, 2.

22) fr. 7 pr. D. comm. divid. 10, 3 Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. Im Verfolge der Stelle wird nur die Theilung der Emphyteusis regionibus gemißbilligt. Vergl. fr. 10 D. fam. erc. 10, 2.

dieſelben untheilbar nennen müſſen. In der That kann aber wohl die größere Analogie zwiſchen Eigenthum, Emphyteusis und Superficies nicht geleugnet werden. Nimmt man noch hinzu, daß bei den Servituten eine quasipossessio, bei den hier in Frage ſtehenden Rechten aber eine wahre possessio [23]), gerade ſo wie beim Eigenthum, ſich findet, ſo beſtärkt dieß noch mehr den Satz, daß die Superficies ſowie die Emphyteusis juriſtiſch theilbare Rechte ſind. Daß das Fauſtpfand und die Hypothek theilbare Rechte ſind, leſen wir deutlich in fr. 16, §. 8 De pignoribus 20, 1 [24]), wo der Juriſt bemerkt, daß eben ſogut in solidum als pro parte Mehreren ein Pfandrecht beſtellt ſeyn kann [25]). Obligationen

23) S. Abhandlung VIII. Note 26 ff.

24) Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis quaeritur? Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim, sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget; si minus, unusquisque pro parte.

25) Nichtsdeſtoweniger behauptet nicht bloß Valett a. a. O. §. 84 Note 21 (vergl. Glück Commentar Bd. 13 S. 199 ff.), daß das Pfandrecht wenigſtens in einer Rückſicht juriſtiſch untheilbar ſei. Die Stellen, welche er zum Beweiſe anführt — fr. 19 De pignor. 20, 1; c. 6 C. de distrah. pign. 8, 28; c. 2 C. debitorem venditionem 8, 29. Man kann noch hinzufügen fr. 65 De eviction. 21, 2 »indivisam pignoris causam« — deuten zur Genüge an, was er darunter verſtanden wiſſen will. Wenn mehrere Sachen Jemandem zum Pfande hingegeben ſind (fr. 19 qui pignori plures res acceperit), ſo iſt derſelbe weder genöthigt, eine einzige herauszugeben (non cogitur unam liberare), wenn er nicht

sind theils theilbar, theils untheilbar. Ob sie Dieß oder Jenes sind, richtet sich nach ihrem Inhalte [26]). Ist derselbe auf ein Geben gerichtet, so wird die Forderung nur dann untheilbar seyn, wenn Das, was gegeben werden soll, un-

---

die vollständige Schuld mit Kapital und Zinsen offerirt erhalten (c. 2 universum tam sortis quam usurarum debitum), noch von dem Verkaufe der erhaltenen Pfandstücke abzustehn (c. 6 distrahendi rem obligatam non amittit facultatem); wenn gleich nur ein geringer Capital- oder Zinsen-Rest zurückgeblieben ist (c. 2 modicum de sorte vel usuris in debito perseveret). Mit andern Worten also: wenn Jemand mir Zwanzig schuldig ist, zur Sicherheit dafür zwei Pokale gegeben hat und darauf mir Zehn zahlt, der kann nicht einen Pokal zurückfordern. Etwas Auffallendes, von den gewöhnlichen Principien Abweichendes, scheint darin gar nicht zu liegen. Denn da ein Pfand für die ganze Schuld haftet, wenn es nicht ausdrücklich für einen Theil derselben bestellt ist (arg. fr. 56 §. 2 De fideiusf. 46, 1), so haftet es ganz natürlich, so lange noch irgend Etwas von der Schuld fortbesteht. Ganz auf dieselbe Weise müßte man auch für juristisch untheilbar die Emphyteusis in einer Hinsicht erklären, weil wenn gleich die Hälfte des emphyteuticus ager fortgeschwemmt wird, der Emphyteuta doch den ganzen Canon zahlen soll, und er nur erst durch den gänzlichen Untergang des ager von seiner Verbindlichkeit zu zahlen befreit wird. §. 3 I. de locatione 3, 24. Ja man müßte auch den Ususfructus für untheilbar erklären! Denn ist der Ususfructus an einer villa errichtet, zu der noch ein fundus gehört, und die villa wird zerstört, so dauert der Ususfructus doch noch an dem übrig gebliebenen fundus fort, bis etwa derselbe auch durch die Meerfluth oder durch ein Erdbeben zerstört wird fr. 10 pr. D. quib. mod. ususfr. 7, 4.

26) Im Allgemeinen aber kann man ihre Theilbarkeit behaupten fr. 22 Depositi 16, 3; c. 6 C. familiae erciscundae 3, 36; c. 1 C. si certum petatur 4, 2. Bei dem Pfandrechte kann es auf den Gegenstand des Pfandrechtes nicht ankommen, weil ja das Wesen des Pfandrechts in dem Rechte der Veräusserung besteht, und das zur Theilung kommende Object daher stets baares Geld sein wird.

theilbar iſt, ſonſt nicht [27]). Wenn daher eine Servitut, mit Ausnahme des ususfructus, errichtet werden ſoll [28]), ſo wird die obligatio untheilbar ſeyn. Iſt der Inhalt der Obligatio ein facere, ſo wird in der Regel [29]) dieſe Obligatio untheilbar ſeyn, z. B. wenn ein opus errichtet werden ſoll [30]), oder wenn Jemand verſprochen hat, zwei Leute vor Gericht zu ſtellen [31]). Iſt der Inhalt der Obligatio ein negativer, ſo gilt ganz daſſelbe [32]). Doch kann dadurch, daß die Leiſtung unmöglich wird, jede an und für ſich untheilbare Forderung zu einer theilbaren werden, indem dann nicht mehr die Handlung ſelbſt, ſondern nur ihr Geldwerth, alſo etwas Theilbares verlangt werden darf [33]). Sind aber operae

27) fr. 32 pr. De eviction. 21, 2; fr. 29 pr. De V. O. 45, 1.

28) fr. 1 §. 24 De legatis III; fr. 30 §. 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2; fr. 72 pr. De V. O. 45, 1.

29) Obligationes factorum plerumque individuae sunt, nonnunquam dividuae. Retes de divid. et indiv. obl. cap. II §. 19 in Meermanns Thesaurus T. VII. p. 619.

30) fr. 11 §. 23 De legatis III; fr. 80 §. 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2; fr. 85 §. 2 De V. O. 45, 1.

31) fr. 4 D. in ius vocati 2, 6.

32) Quodsi stipulatus fuero, per te, heredemve tuum non fieri, quominus eam agam, si adversus ea factum sit, tantum dari, et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium, unius facto omnes teneri, quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor, sed ceteri familiae herciscundo iudicio sarcient damnum fr. 85 §. 3 De V. O. 45, 1.

33) fr. 54 §. 1; fr. 72 pr. De V. O. 45, 1; fr. 1 §. 9 D. ad legem Falcid. 35, 2; fr. 11, fr. 13 De re iud. 42, 1.

(nicht aber eine einzige opera [34]) versprochen, so lassen diese nach der Meinung aller Juristen eine Theilung (numero) zu. Denn es stimmen Julian [35]), Celsus und Papinian überein [36]), und ungeachtet Ulpian in einem frühern Buche seiner libri ad Edictum, im zwanzigsten, es als seine singuläre Meinung aufstellt [37]), daß auch eine operarum stipulatio, wie jede andere in faciendo bestehende stipulatio, keine Theilung zulasse, so wagte er doch nicht, als er bei der Ausarbeitung des acht und dreißigsten Buches derselben

34) Neque promitti, neque solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera fr. 15 §. 1 De operis libert. 38, 1; fr. 54 §. 1 De V. O. 45, 1.

35) Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur, et ideo divisio eius stipulationis, non in partes operarum, sed in numerum cedit. Quodsi unam operam servus communis stipulatus fuerit, necesse est, utrique dominorum partem operae tantam, quantam in servo habuerit, petere: solutio autem eius obligationis expeditissima est, si aestimationem operae malit libertus offerre, aut si consentiant patroni, ut his communiter operae edantur. fr. 54 §. 1 De V. O. 45, 1.

36) fr. 15 §. 1 De operis libertorum 38, 1; s. Note 38.

37) fr. 72 pr. De V. O. 45, 1. Ulpianus libro XX ad Edictum: Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: utputa fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigesimo octavo Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici, iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.

Schrift die Autoritäten eines Celsus und eines Papinian gegen sich fand [38]), bei seiner Meinung zu verharren. Gewiß haben sich auch die Compilatoren zu dieser Ansicht bekannt. Daß sie freilich die Worte vel operas in fr. 72 pr. De V. O. 45, I [39]) übersehn und stehn gelassen haben, ist nicht der größte Fehler, welcher mit ihrer Eile entschuldigt werden muß. Was endlich die hereditas betrifft, so behauptet Hotman, der ausführlichste und gründlichste Schriftsteller über die Eintheilung in res dividuae und individuae [40]), die hereditas als iuris universitas sei individua, und nur wenn der Ausdruck hereditas für res hereditariae gebraucht würde, könne von einer Theilbarkeit die Rede seyn [41]); allein schon eine einzige Stelle schlägt seine Meinung, das ius hereditatis sey individuum, nieder. Denn in fr. 9 §. 12, De hered. inst. 28, 5 lesen wir: Heredes iuris successores sunt, et si plures instituantur,

38) Ulpianus libro XXXVIII ad Edictum. Neque promitti, neque solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera. Ideo Papinianus subiicit: si non una, sed plures operae sint, et plures heredes existant patrono, qui operas stipulatus est; verum est, obligationem operarum numero dividi. Denique Celsus libro duodecimo scribit: si communis libertus patronis duobus operas mille daturum se iuraverit, aut communi eorum servo promiserit, quingenas potius deberi, quam singularum operarum dimidias fr. 15 §. 1 De operis lib. 38, 1.

39) Vergl. Note 37.

40) An Ausführlichkeit, aber nicht an Gründlichkeit, übertrifft ihn, wenigstens in Beziehung auf die obligationes bei weitem Retes in Meermanns Thesaurus T. VII p. 600 .. 624.

41) a. a. O. (Note 14) S. 909 C. D.

dividi inter eos a testatore ius oportet, quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt, und es kann daher seine Meinung nur auf einer Verwechselung der sogenannten natürlichen und juristischen Theilbarkeit beruhn. Außerdem kann man sich noch auf mehrere Stellen [42]) berufen, welche die Theilbarkeit des Erbrechts, nicht der Erbschaftssachen aussprechen. Doch behauptet noch unter den Neuern Valett [43]) wenigstens »in gewisser Rücksicht« die Untheilbarkeit der hereditas, und citirt dafür das bereits (Note 10) mitgetheilte fr. 8 De rei vind. 6, 1. Allein bei den letzten Worten des Schlußsatzes: (quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet) nunquam enim pro diviso possideri potest, wird doch Valett sicher nicht suppliren wollen: nunquam hereditas pro diviso possideri potest, wie es jedoch Hotman [44]) thut, da eine hereditas als ius weder pro diviso, noch pro indiviso besessen werden kann. Noch weniger kann es heißen, wie man eigentlich suppliren müßte: nunquam hereditatis petitio pro diviso possideri potest; so daß also diese Worte nur auf den Besitz der

42) §. 5 und 6 I. de hered. inst. 2, 14; fr. 13 §. 1; fr. 50 §. 2 D. eod. 28, 5. Hotman a. a. O. S. 909 D. behauptet, daß der Ausdruck familia die Erbschaftssachen, nicht das Erbrecht, also die Vermögensstücke, nicht die Vermögensrechte bedeute. Allein wie kann man wol in fr. 32 De R. N. 23, 2 (Sciendum est, libertinum, qui se ingenuo dedit adrogandum, quamvis in eius familia ingenui iura sit consecutus, ut libertinum tamen a Senatoriis nuptiis repellendum esse) den Ausdruck familia anders als durch Vermögensrechte im Gegensatze der Familienrechte verstehn?

43) a. a. O. §. 84 Note 21.

44) a. a. O. Quaestio 21 S. 905 D.

Mobilien gehn [45]). Endlich erklärt Thibaut [46]) diejenigen Aemter, bei welchen die rechtliche Concurrenz Mehrerer ausgeschlossen ist, für physisch und juristisch untheilbare Sachen. Ein Amt aber für eine Sache zu erklären, scheint nicht recht juristisch zu seyn. Eher könnte man es für eine conditio hominis erklären, wenn man es nicht für eine juristische Person ansehn will [47]).

---

45) Ueber die in dieser Stelle angedeutete Verschiedenheit in der Behandlung der vindicatio und hereditatis petitio soll an einem andern Orte gehandelt werden.

46) a. a. O. §. 263.

47) Vergl. fr. 20 §. 1 De ann. leg. 33, 1; Wening—Ingenheim a. a. O. Buch I. §. 98 Note e und Schweppe a. a. O. §. 77 a.

Fünfte Abhandlung.

Ueber die Eintheilung der Sachen in res futurae und praesentes.

Haben wir in dem Bisherigen mehrere Eintheilungen der Objecte der Rechte verworfen, und diese den Rechten vindicirt, so werden wir dagegen eine Eintheilung, welche nur bei den Rechten vorgetragen zu werden pflegt [1]), in praesentia und futura iura auch auf die Sachen anwenden, und existentes und futurae res unterscheiden können. Die Quellen selbst geben uns dazu genügende Aufforderung. Sie erlauben, daß einem erst zu errichtenden Gebäude eine Servitut aufgelegt oder bestellt werden kann [2]), daß eine noch nicht

1) Vergl. Wening—Ingenheim Lehrbuch Buch 1 §. 30; Mackeldey Lehrbuch §. 183; Schweppe das Röm. Privatrecht §. 144.

2) Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi, vel adquiri servitus potest fr. 23 §. 1 De S P. U. 8, 2.

erſtirende Sache als Hypothek beſtellt werden darf [3]), daß eine künftige Sache Gegenſtand des Kaufes ſeyn kann [4]), daß eine ſolche eben ſo gut zu den Objecten einer stipulatio [5]) oder eines Vermächtniſſes [6]) gehören darf, ſo daß alſo in den

---

3) Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt: ut fructus pendentes; partus ancillae, fetus pecorum; et ea, quae nascuntur, sunt hypothecae obligata fr. 15 pr. De pignor. 20, 1. Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu fr. 11 §. 3 D. qui potiores 20, 4.

4) Quamvis dixerimus, futuras res emi posse fr. 34 §. 2 De contr. emt. 18, 1; fructus et partus futuri recte ementur fr. 8 pr. D. eod. futurum iactum retis a piscatore emimus fr. 11 §. 18 De A. E. 19. 1. Wenn Mackelbey (Lehrbuch §. 162) behauptet, ein Rechtsgeſchäft dürfe ſolche Sachen zum Gegenſtande haben, welche künftig zur Exiſtenz kommen, ſo iſt dieſe Angabe zu enge, indem bei der spei emtio darauf gar nicht geſehn wird, ob das Gehoffte zur Exiſtenz kommt oder nicht, wenn nur die Möglichkeit der Exiſtenz vorhanden war. fr. 8 §. 1 Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur; quod fit, cum captum piscium, vel avium, vel missilium emitur; emtio enim contrahitur, etiam si nihil inciderit; quia spei emtio est De contr. emt. 18, 1.

5) Si id, quod in utero sit, aut fructus futuros, aut domum aedificari stipulatus sit fr. 73. De V. O. 45, 1.

6) Etiam ea, quae futura sunt, legari possunt fr. 17 pr. De legatis III; Quod in rerum natura adhuc non sit, legari posse, veluti quidquid illa ancilla peperisset, constitit, vel ita, *ex vino*, quod in fundo meo natum erit (So Hal. Flor. est), vel fetus tantum dato fr. 24 pr. De legatis I; Ea quoque res, quae in natura rerum non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus, qui in illo fundo

mannigfachſten Rechtsverhältniſſen dieſer Unterſchied zwiſchen res futurae und res praesentes oder res, quae exstant zur Sprache kommt.

---

nati erunt, aut quod ex ancilla natum erit §. 7 I. de legatis 2, 20.

Sechste Abhandlung.

Ueber den Römischen Begriff der Accessio.

Zu dem Zubehör einer Sache, oder zu den Nebensachen, rechnen übereinstimmend mehrere Juristen [1]) Accessionen, Früchte und Verwendungen. Den Begriff der Accessionen aber geben sie weniger übereinstimmend an, indem z. B. Glück [2]), dessen Definition Mackeldey a. a. O. entlehnt hat, darunter Alles begreift »was sich zu der Sache als Nebentheil verhält, es cohärire mit derselben, oder nicht; sey durch die Kräfte der Natur hervorgebracht, oder durch menschliche Willkühr zu derselben gekommen, oder durch Beide zugleich entstanden. Diese Definition ist offenbar zu weit; denn sie umfaßt auch die Früchte. Sind aber die Accessionen nicht mit

1) Konopak Institutionen §. 182. 184; Mackeldey Lehrbuch §. 153.

2) Commentar Bd. VIII S. 88. Aehnlich ist auch die Definition von Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 62.

dem Zubehör einer Sache, der causa rei, identisch [3]), sondern eine Art desselben, so können sie richtiger negativ als dasjenige Zubehör erklärt werden, welches nicht zu den Früchten und Verwendungen gehört. Ausdrücklich erkennt auch das Römische Recht die Scheidung der Früchte von den Accessionen an [4]). Durch eine solche negative Fassung der Definition [5]) vermeidet man die zu enge Erklärung andrer Rechtslehrer [6]) von Accession, als jeder Sache, welche mit einer andern durch Kräfte, welche von Aussen wirken, in Verbindung gebracht wird. Denn der partus ancillae wird dadurch ausgeschlossen, und kann doch nach Römischen Begriffen nur zu den Accessionen gezählt werden.

Ueberall aber wird in den Lehrbüchern des Römischen Rechts von den Accessionen nur bei Gelegenheit der Eintheilung der Sachen gehandelt [7]), ungeachtet der Begriff der Accessio durchaus nicht auf Sachen, und zwar auf Nebensachen

---

3) Dieses ist freilich die Ansicht mehrerer Rechtslehrer, z. B. Thibauts Pandecten §. 264, Walett's Pandecten §. 85, allein offenbar wider die Quellen. Der Letztere führt selbst fr. 2 De in diem. ad 18, 2 »fructus et accessiones« fr. 61 §. 2 De furtis 47, 2 »accessiones et fructus« und die Titelrubrik der Digesten 22, 1 de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus an.

4) Vergl. die vorige Note. Die impensae kommen nur höchst selten, und daher nicht gerade in einer solchen Zusammenstellung vor.

5) Auch in der bereits angeführten Titelrubrik der Digesten 22, 1.

6) Konopak a. a. O. §. 184.

7) So sagt Gesterding Eigenthum §. 25 S. 190, 191 das Wort Accession bezeichnet einmal eine Sache, die zu einer andern hinzukommt; zweitens den Vorgang des Hinzukommens, ohne noch einer dritten Bedeutung zu gedenken.

beschränkt ist. Denn der Ausdruck accessio begreift auch Rechte, ja selbst Personen. Eine Behauptung, deren Beweis nicht schwer zu führen ist.

In fr. 91, §. 4 De V. O. 45, 1 lesen wir Folgendes: Nunc videamus, in quibus haec constitutio locum habeat? quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem. Accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuari placet, quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? cuius sententia vera est; itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum, quam successorum eorum: accessionibus quoque suis, id est, fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam sposponderunt. Werden hier nicht deutlich im Anfange der Stelle die accessiones dem principalis debitor entgegengestellt? und gesetzt, daß hier die Lesart Zweifel erregte, indem die Vulgata accessores statt accessiones liest, so muß doch dieser Zweifel gänzlich schwinden, da theils im Verfolge dieser Stelle überall übereinstimmend accessionibus id est fideiussoribus gelesen wird, theils sich noch andere deutlich redende Fragmente für diesen Sprachgebrauch anführen lassen [8]). Dahin gehört vorzüglich fr. 43 De solut. 46, 3 [9]), wo die adpromissores als Beispiel der ac-

8) Im §. 5 derselben Stelle wird der Vater, der seinem Sohne eine obligatio einzugehn befohlen hat, im Verhältnisse zu diesem quasi accessio genannt.

9) In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur: puta adpromissores, hypothecae, pignora, prae-

cessiones genannt werden; allein ebensogut auch fr. 71, pr. De fideiuss. 46, 1 [10]), wo die fideiussores und mandatores als Beispiele von accessiones genannt werden. Somit wäre also der Beweis geliefert, daß Accessio auch eine Person bedeute. Freilich kommt diese Unterscheidung der Menschen ausdrücklich nur bei passiven Obligationen vor [11]). Allein ebensogut kommen ja auch Nebenpersonen auf der activen Seite der Obligatio vor [12]), und die Zeugen bei einem Testamente können vielleicht auch in Beziehung auf den Testirer accessiones heißen.

---

terquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur.

10) . . . Sed cum duo rei promittendi sunt, et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exemta, confusa obligatione! Et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam, sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse; ut, quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari; et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. In dieser Stelle liest nur (nach Gebauer) der Rhedigersche Codex accessores, und eine solche Corruption des Textes ist aus dem Bestreben, eine leichtere Lesart zu gewinnen, sehr leicht erklärlich.

11) fr. 3 Qui satisdare promisit, ita demum implesse stipulationem satisdationis videtur, si eum dederit accessionis loco, qui obligari potest et conveniri, fr. 5 Iulianus ait, eum, qui heres exstitit ei, pro quo intervenerat liberari ex causa accessionis, et solum modo quasi heredem rei teneri, fr. 34 Qui accessionis loco promittunt, in leviorem causam accipi possunt, in deteriorem non possunt. De fideiuss. 46, 1.

12) Der solutionis causa adiectus ist ein Beispiel für diesen Fall.

Doch auch bei Rechten kommt der Ausdruck accessio vor. Dafür spricht das bereits (Note 7) angeführte fr. 43 De solut. 46, 3 wo als Beispiele der Accessionen hypothecae und pignora angeführt werden. Daß hier nicht die Objecte des Pfandrechts gemeint sind, sondern die Pfandrechte selbst, geht daraus hervor, daß das Pfandrecht stets nur als ein accessorisches Recht gedacht werden kann, indem es beständig zu seiner Giltigkeit eine Forderung als Hauptrecht voraussetzt und untergeht, sobald die Forderung, für welche es haftet, aufhört. Ebenso ist ein deutlicher Beweis dafür, daß Pfandrechte gemeint sind, in der Aeußerung Justinians enthalten, daß die Verbindlichkeit der Bürgen accessio genannt wird [13]). Ueberall nun aber, wo ein gesetzliches Pfandrecht an eine Forderung geknüpft ist, wird jenes Pfandrecht als ipso iure eintretende Accession dieser Forderung angesehn werden. Ferner die privilegia (exigendi), welche an gewisse Forderungen geknüpft sind, werden wir ebenfalls als accessoria iura betrachten können. Ebenso möchten wir die sogenannten pacta adjecta betrachten, und die servitus praedii, weil sie bei dem Verkaufe des Grundstücks auf den Käufer ohne weitere Verabredung übergeht [14]).

Ja selbst eine universitas iuris, ein Sklaven-Peculium, wird als Accession des legirten Sklaven behandelt [15]).

13) §. 5. Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis I. de fideiuss. 3, 20.

14) fr. 47 De contr. emt. 18, 1. Vergl. oben Abhandl. II. Note 8.

15) §. 17 Si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo vel manumisso, vel alienato, et peculii legatum exstinguitur I. de legatis 2, 20.

Siebente Abhandlung.

Ueber den Begriff der res nullius.

Es hat bisher, soviel uns bekannt ist, an einer erschöpfenden Zusammenstellung und Classificirung der res nullius gefehlt. Die nächsten Zeilen sollen einen solchen Versuch enthalten.

Vergleichen wir die Aeußerungen des Römischen Rechtes über die res nullius, vorzüglich pr. §. 7 und §. 12 I. de divis. rerum 2, 1, fr. 1 pr. fr. 2 pr. D. eod. 1, 8 und fr. 51 De contr. emt. 18, 1, so müssen wir wohl folgende Eintheilung in Beziehung auf den Eigenthümer nach Römischem Rechte aufstellen. Alle Sachen sind entweder divini iuris oder humani iuris [1]). Die res divini iuris sind aber alle res nullius [2]), und dieß ist die einzige positive Bedeutung

1) fr. 1 pr. De div. rer. 1, 8. Summa rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani.

2) §. 7 I. de div. rer. 2, 1. Nullius autem sunt res, et religiosae, et sanctae: quod enim divini iuris est, id nullius in bonis est.

der res nullius [3]). Die res humani iuris ſind nun weiter entweder singulorum s. privatae res [4]), oder nicht. Dieß negative Glied umfaßt lauter res nullius [5]), (in der negativen Bedeutung), und ihr laſſen ſich folgende Arten der res nullius ſubſumiren.

1) res communes omnium. Den Beweis dafür, daß dieſe Sachen zu den res nullius gehören, enthält fr. 51, De contr. emt. 18, 1 [6]).

---

3) Glück in ſeinem Commentar Bd. II S. 460, 465 ignorirt, nach dem Vorgange von Hellfeld, dieſe Bedeutung der res nullius ganz. Ebenſo Hartitzſch Röm. Privatrecht S. 57. Dagegen ſagt Günther principia §. 154 zu den res nullius gehörten ſowohl die quae nullius sensu stricto ſeyen, als auch die res divini iuris.

4) fr. 1 pr. De div. rer. Quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse... Privatae autem sunt, quae singulorum sunt.

5) d. h. ſolche Sachen, die nicht einzelne Perſonen zu Eigenthümern haben. Weſtphal Arten der Sachen §. 7 S. 11. Auch Hartitzſch Röm. Privatrecht S. 58 faßt den Begriff der res nullius nicht ſo weit.

6) Litora quae, fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt.. fr. 2 §. 1 De div. rer. Omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. So wie es res communes omnium giebt, ſo giebt es auch ein ius commune omnium. Denn wir leſen im §. 1 I. de iure natur. 1, 2 übereinſtimmend mit fr. 9 De iustitia 1, 1 omnes populi... partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; und daß dieſes ius commune omnium das ius gentium und ius naturale in ſich begreift geht ganz deutlich aus der Vergleichung von fr. 6 pr. D. eod. (Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid

2) res publicae. Der Beweis, daß dieſe res nullius ſind, liegt in den Worten des fr. 1 pr. De div. rer. 1, 8: quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur [7]).

3) res universitatis [8]). Für dieſe Art der res nullius ſind die eben angeführten Worte ebenfalls beweiſend, da Gajus in dieſer Stelle unter res publicae im Gegenſatz der res privatae auch die res universitatis begreift [9]).

4) Sachen, die jetzt in keines Privatus Eigenthum ſtehn, aber darin ſtehn können, und zwar a), die noch in Keines Eigenthum geſtanden haben. Dahin gehören vorzüglich wilde Thiere [10]), was die See auswirft, wie Steine, Perlen

---

addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile, efficitur) hervor.

7) Dieſe Art der res nullius übergehn z. B. Köchy Pandekten-Commentar Bd. 1 §. 169; Glück a. a. O. Bd. 2 S. 465; Konopak Inſtitutionen §. 192; Mackeldey Lehrbuch §. 156. Puchta Lehrbuch für Inſtitutionen-Vorleſungen München 1829 8. ſagt von dieſen: nullius in bonis sunt, aber alicuius in bonis esse creduntur.

8) Auch dieſe Bedeutung übergehn die eben genannten Schriftſteller.

9) Es heißt nämlich daſelbſt: res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt, aut privatae; quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur. Unter universitas iſt hier ganz offenbar nicht bloß der Staat, ſondern jede juriſtiſche Perſon zu verſtehn.

10) §. 12. I. de divis. rer. 2, 1 Ferae igitur bestiae, et volucres, et pisces, id est omnia animalia, quae terra, mari et caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur.

und die Insel im Meere [11]), endlich auch Sachen der Feinde [12]); b) die bereits in Jemandes Eigenthum gestanden, jetzt aber mit dem ausdrücklichen Willen des bisherigen Eigenthums (res pro derelicto habitae) [13]), oder ohne dessen ausdrücklichen Willen [14]) aufgehört haben, in dessen Eigenthum zu stehn, ohne bereits in eines Andern Eigenthum übergegangen zu seyn. Dahin gehören die sogenannten res hereditariae iacentes [15]), der Schatz [16]),

11) fr. 1 §. 1 De adq. vel am. poss. 41, 2 Item bello capta et insula in mari enata, et gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.

12) fr. 51 §. 1 De adq. rer. dom. 41, 1 Quae res hostiles apud nos sunt, non publicae, sed occupantium fiunt. Vergl. fr. 5 §. 7 D. eod. und die vorige Note. Bei den Neuern werden diese Sachen meistens übergangen. Aber freilich auch nur in Beziehung auf die Möglichkeit der Occupation überhaupt sieht das Römische Recht Sachen der Feinde für res nullius an, nicht in Bezug auf die Befugnisse jedes Privatus zu denselben. So ist die Occupation feindlicher Immobilien ausdrücklich dem Staate reservirt.

13) Niemals heißen sie in den Quellen res derelictae, wie die Neuern sie nennen.

14) Mackeldey a. a. O. zählt unter dieser Rubrik nur diejenigen Sachen auf, welche wider den Willen des bisherigen Eigenthümers aufgehört haben, in dessen Eigenthum zu stehn, und nach seinen gewählten Citaten rechnet er dahin nur die entflohenen, wilden oder wild gewesenen, Thiere.

15) Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. fr. 1 pr. De div. rer., Sciendum est, et si in nullius sit potestate, dari de peculio actionem; utputa si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem fr. 3 pr. De peculio 15, 1.

16) Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non

die wieder entlaufenen wilden Thiere [17]), auch die bereits schon gezähmten wilden Thiere, welche aber die revertendi consuetudo abgelegt haben [18]). Daß nämlich alle diese hier genannten Gegenstände res nullius sind, läßt sich aus der bei ihnen zugelassenen Occupation schließen. [19])

---

exstat memoria, ut iam dominum non habeat, sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit fr. 31 §. 1 De adq. rer. dom. 41, 1.

17) §. 12 I. de div. rer. Cum vero evaserit custodiam tuam, et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit.

18) §. 15 I. eod. In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Theophilus erklärt sich am deutlichsten über das Ablegen des revertendi animus. Er sagt zum angeführten §. 15: wenn ich eine Hirschkuh habe, die in den Wald zu gehn, und entweder an demselben Tage oder den folgenden, oder spätestens den dritten Tag wiederzukommen pflegt, so kann ich, wenn Jemand die Hirschkuh am dritten Tage ihrer Abwesenheit im Walde tödtet, sie vom Jäger vindiciren. Allein wenn sie über diesen Tag ausbleibt, und erst am vierten Tage geschossen wird, so hat mein Eigenthum und die Eigenthumsklage aufgehört.

19) Westphal Arten der Sachen §. 14 S. 25 sagt mit Recht: Es ist gewiß, daß alle diejenigen Sachen zu den res nullius zu rechnen sind, an denen die Occupation Jedem freisteht, und woran diese das Eigenthum giebt. fr. 3 pr. De adq. rer. dom. 41, 1 Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. Vergl. auch Günther principia §. 160 Note a.

Achte Abhandlung.

Ueber den Begriff der iuris possessio.

Bei einer Untersuchung über die iuris possessio, oder wie sie bei den Neuern gewöhnlicher heißt, quasi possessio oder iuris quasi possessio, kann man nicht von allgemeinen Principien ausgehn, sondern man muß sich nur an die Quellen des Römischen Rechtes halten. Geht man nämlich von allgemeinen Voraussetzungen aus, so muß man entweder alle iuris possessio leugnen, oder, wenn man sie zuläßt, mehr Fälle unter die iuris possessio subsumiren, als dahin von den Römischen Juristen gezählt werden. Von solchen zu allgemeinen Abstractionen finden wir das ausgezeichnetste Beispiel bei Hommel [1]). Enger ist schon der Begriff bei

1) Dieser stellt in seinen Rhapsodieen (nr. 480) die Frage auf, welche er selbst für unauflöslich erklärt: ob der Arzt, den man zu gebrauchen aufhöre, im Besitze seines bisherigen Rechtes geschützt werden müsse. Savigny Besitz Fünfte Auflage S. 170, 171.

Spangenberg [2]), welcher den Besitz des Eigenthümers unrömisch zur iuris possessio zählt; noch enger, aber doch noch zu weit, scheint die jetzt gangbare Ansicht zu seyn, welche als Regel bei den iura in re aliena eine iuris possessio annimmt, oder höchstens davon die Emphyteusis und die Hypothek ausschließt [3]).

Daß die Römer den Besitz in die corporis und die iuris possessio unterschieden haben, sagen zwei Stellen ganz deutlich: fr. 2 §. 3 De precario 43, 26 [4]), und c. 10 C. de adq. et ret. pos. 7, 32 [5]), und da corpus so sehr häufig [6]) das Eigenthum im Gegensatze von ius d. h. von Servituten

---

2) Vom Besitz §. 102. Savigny a. a. O. S. 171.

3) Thibaut Pandekten §. 308 schreibt Denen iuris possessio zu »welche dingliche Rechte an der Sache eines Andern ausüben«; Konopak Institutionen §. 246 sagt: »die Servituten, das Recht an einem ager vectigalis und das ius superficiarium gehören zu den Rechten, an welchen iuris possessio Statt findet; Seuffert Pandecten §. 113 betrachtet die »Ausübung anderer Rechte an Sachen (d. h. nicht des Eigenthums), insbesondere der Servituten« als iuris possessio; Mackeldey Lehrbuch §. 218 findet iuris possessio »bei den übrigen dergleichen Rechten (d. h. mit Ausnahme des Eigenthums), die als einzelne Bestandtheile des Eigenthums vom Eigenthume selbst abgesondert sind.« Eben so äussern sich Günther principia §. 279 und Lang Lehrbuch §. 152. Wening gemeines Civilrecht Bd. I. §. 181 übereinstimmend mit Savigny a. a. O. §. 47 u. S. 295 Note 3 nennt nur die Servituten und die Superficies, Valett Pandekten §. 215 allein die Servituten als Objekte der iuris possessio.

4) possessionem vel corporis vel iuris.

5) possessionis duplicem esse rationem; aliam, quae iure consistit, aliam quae corpore.

6) Vergl. Abhandlung I Note 19.

bedeutet, so kann man wohl nicht gut zweifeln, daß unter corporis possessio der Besitz verstanden wird, welcher dem Eigenthümer zukommt, unter iuris possessio derjenige Besitz, welcher den Servitutberechtigten zusteht [7]). Ist diese Unterscheidung richtig, so werden wir nur von der corporis possessio sagen können, sie sey vorhanden, wenn zu der Detention noch domini animus hinzutritt, nicht aber kann dieser domini animus bei der iuris possessio vorkommen. Schon deshalb [8]) ist die jetzt so gangbar gewordene Definition der possessio im Allgemeinen, sie sey Detention verbunden mit domini animus, zu enge. Die Römischen Juristen geben auch diese Unterscheidung von der possessio nicht [9]), sondern

---

7) Albert Ueber den Besitz unkörperlicher Sachen. Leipzig 1826 S. 120 §. 100 behauptet zwar: Man darf keineswegs den eigentlichen Besitz und die quasi possessio der Wegegerechtigkeit als Arten eines gesetzlichen Gattungsbegriffes vom Besitze überhaupt betrachten, und beiden im Allgemeinen gleiche Wirkungen beilegen. Allein daß eine solche Aeusserung mit der Ansicht der Römischen Juristen streitet, geht schon aus fr. 3 §. 2 De itinere 43, 19 hervor, wo der Jurist eine allgemeine Regel für iuris und corporis possessio aufstellt.

8) Dies Argument, wohl das bedeutendste, um die Unhaltbarkeit der Identität zwischen animus possidendi und animus domini nachzuweisen, ist von Guyet (Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts Heidelberg 1829 S. 140 ff.) übergangen, dagegen hat er andere vorzüglich vom Diebe und malae fidei possessor (S. 150 ff.) entlehnte Gründe für die hier aufgestellte Ansicht. Daraus erklärt sich aber, daß er bei dem Ususfructus, Usus und der Superficies den juristischen Besitz nicht als übertragen ansieht, dieses aber »für eine positive, zufällige und selbst willkührliche Bestimmung erklären« muß, weil »in Wahrheit die Detention hier mit dem animus possidendi verbunden ist.« S. 158.

9) Sie setzen sie freilich voraus, theils in dem bekannten fr. 3 pr. De adq. vel am. poss. 41, 2 Possideri autem possunt, quae sunt corpo-

erst Theophilus [10]), und doch müßte, auch wenn eine solche Definition sich fände, diese für zu enge erklärt werden [11]), vorzüglich darum, weil der Besitz mit vorherrschender Rücksicht auf das Eigenthum ausgebildet ist, und daher possessio in der Regel corporis possessio bedeutet, und nur zuweilen iuris possessio bezeichnen kann, so daß man sicher als Regel aufstellen darf, daß, wo possessio schlechthin genannt sich findet, corporis, nicht iuris, possessio gemeint ist.

Die Wirkungen der possessio im Allgemeinen, d. h. der iuris und corporis possessio, sollen nur Interdikte und Usu-

---

ralia, theils in dem fr. 4 §. 27 De usurp. 41, 3 nec possideri intelligitur ius incorporale. Auch lassen sich dadurch, daß, wo der domini animus nothwendig geläugnet werden muß, die Römischen Juristen auch die possessio überhaupt läugnen, folgende Stellen erklären: fr. 32 §. 1 De S. P. U. 8, 2 Servitutum ea natura est, ut possideri non possint (d. h. für sich allein, als für sich bestehende Rechte), sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet, fr. 1 §. 8 D. quod legat. 43, 3 neque ususfructus, neque usus possidetur, sed magis tenetur, und fr. 6 §. 2 De precario 43, 26 nam et fructuarius, inquit, et colonus, et inquilinus sunt in praedio, et tamen non possident. Schon Konopak Institutionen §. 246 Note d sagt sehr richtig: Wenn in einigen Stellen wie in fr. 1 §. 8 D. 43, 3 eine possessio in dieser Beziehung ganz weggeläugnet wird, so ist das nur von der eigentlichen zu verstehn.

10) Paraphrase zu §. 4 I. per quas personas 2, 9 und zu §. 2 I. quib. mod. obl. 3, 29. Schon Cuperus de natura possessionis Pars I cap. I p. 6 Note *** nennt diese Ansicht bloß eine Ansicht der Griechen.

11) Wie z. B. die Definition der Agnaten von Ulpian (Fragm. tit. XI §. 4) indem hier die Beschränkung auf Tutel das Enge in der Definition entschuldigt, wie es bei der possessio die Beschränkung auf das Eigenthum könnte.

kapion sein. Allein da bei den Servituten die Anwendung der usucapio bestritten ist, so bleiben als wichtigste und regelmäßige Wirkung des Besitzes allein die Interdikte übrig, zumal da außerdem nicht einmal jeder Sachbesitz zur Usukapion führt. Denn der wichtigste und häufigste Fall des Besitzes, der des civilen Eigenthümers kann nicht zur Usukapion führen, sondern setzt die Usukapion entweder schon als vollendet voraus, oder erklärt sie wegen der civilen Uebertragung von Seiten eines civilen Eigenthümers für überflüssig.

Interdikte daher sind das wahre Wesen der possessio. Juristischer Besitz hat stets Interdikte zu seiner Begleitung, und umgekehrt das Vorhandensein von Interdikten setzt stets juristischen Besitz voraus. Daher haben alle Innehaber solcher iura in re, welche durch ein Interdikt im Besitze ihres Rechtes geschützt werden, juristischen Besitz, also possessio im eigenen Namen, ohne aber damit den Besitz des Eigenthümers zu vernichten [12]). Denn von Dem, welcher eine Sache als Faustpfand hingegeben hat, wird ja gesagt: ad usucapionem tantum possidet [13]) und von dem Faustpfand-Gläubiger: quod ad reliquas omnes [14]) causas pertinet, possi-

12) Die iuris possessio »ist immer ein Nebenbesitz, d. h. ein Besitz, neben welchem ein eigentlicher Besitz unbedenklich gedacht werden kann.« Unterholzner in der Kritischen Zeitschrift Tübingen Th. 4 S. 375. Unstreitig freilich entzieht der Fruktuar dem Eigenthümer mehr von seinem Besitze als der Usuar, indem Jener, so wie etwa der creditor antichreticus, die faktischen Vortheile des Besitzes für den Eigenthümer ganz vernichtet. Denn die juristischen Vortheile, die Interdikte, bleiben dem Eigenthümer.

13) fr. 1 §. 15 De adq. vel am. poss. 41, 2.

14) Was ist unter diesen reliquae omnes causae zu verstehn? Nach Savigny allein die Berechtigung zu den Interdikten darunter zu ver-

det [15]). Also besitzen Beide, von Jedem heißt es schlechthin possidet, und daher muß man Beiden corporis possessio zuschreiben. Ja! es fällt auch Keinem ein, diesem Pfandgläubiger keine corporis, sondern eine iuris possessio zuzuschreiben, ungeachtet doch von demselben Creditor gesagt wird, qui pignus accepit possessor non est [16]). Denn hierbei ist nur zu suppliren scil. ad usucapionem [17]). Der Pfandgläubiger hat also possessio, d. h. corporis possessio, aber auch im eigenen Namen. Daher stehn ihm die possessorischen Interdikte zu, und zwar hat er sie allein, nicht auch der Debitor, weil ja dessen Interdiktbesitz die Quellen geradezu läugnen (ad usucapionem tantum possidet) [18]). Savigny will

---

stehn, streitet fast gegen die Worte Allein vielleicht hat sich ihr Concipient selbst dabei nichts Klares gedacht, da überhaupt sein Ausspruch nicht ganz gegründet ist. Denn durch den verpfändeten Sklaven kann der Pfandgläubiger, freilich eben so wenig als der Verpfänder, Besitz erwerben fr. 1 §. 15 De adq. vel am. poss. 41, 2. Der Fruktuar dagegen kann dieß durch einen Sklaven, an welchem er den Ususfructus hat fr. 1 §. 8, fr. 49 pr. De adq. vel am. poss. 41, 2.

15) fr. 16 De usurp. 41, 3; vergl. fr. 33 §. 4 (si creditor sc. pigneratius eius possessionem alii tradiderit) D. eod.; fr. 1 §. 15, fr. 40 pr. De adq. vel am. poss. 41, 2 und fr. 35 §. 1 De pign. act. 13, 7.

16) fr. 15 §. 2 D. qui satisd. cog. 2. 8.

17) Savigny Besitz S. 299 Note 1; Vergl. fr. 35 §. 1 De pignerat. act. 13, 7 pignus .. possessionem transfert ad creditorem.

18) Cuperus a. a. O. S. 73 betrachtet diesen Besitz nur als fingirten, indem hier die Regel sine possessione usucapio contingere nequit eine Ausnahme erleide, da es ja vom Pfanddebitor, dem Eigenthümer, in den Schlußworten des fr. 36 De adq. vel am. poss. 41, 2 heißt:

in der Natur des Pfandcontracts den Grund dafür gefunden haben, daß der Pfandcreditor, von dem er glaubt, er besitze alieno nomine, diese Interdicte habe. Er sagt [19]): die possessorischen Interdicte konnten dem Schuldner nicht gegeben werden, »denn sonst würde es Diesem nicht schwer seyn, auf unrechtliche Art den natürlichen Besitz der Sache wieder zu erhalten.« Allein dieser Grund reicht offenbar zu weit, und kann daher nicht als Beweis gelten. Denn da dem Eigenthümer, der eine Superficies eingeräumt hat, die possessorischen Interdicte zustehn, so müßte man ja auch sagen, es würde ihm nicht schwer seyn, auf unrechtliche Art den natürlichen Besitz der Superficies wieder zu erhalten. Hier aber hilft der Prätor dadurch, daß er eine exceptio dem Superficiarius giebt, welche das Interdict des Eigenthümers unkräftig macht [20]). Auf gleiche Weise hätte ja auch der Prätor beim Pfande dem Creditor zu Hülfe kommen können; aber hier findet eine so große Berechtigung des Creditors wohl nur aus dem historischen Grunde Statt, weil der Faustpfandcontract sich der alten fiducia sehr näherte [21]). Wie könnte ferner vom Pfanddebitor gesagt werden: omnino non possidet [22]), wenn der Pfandgläubiger im Namen Jenes und nicht in eigenem Namen besäße, da doch im Gegentheil dem

---

omnino non possidet, wiewohl die Anfangsworte derselben Stelle von ihm sagen: intelligitur possidere.

19) Besitz S. 296, 297.

20) fr. 3 §. 7 D. uti poss. 43, 17; fr. 1 §. 4 De superfic. 43, 18.

21) Vergl. auch Unterholzners treffliche Recension über Savignys Besitz in der Tübinger kritischen Zeitschrift Bd. 4 S. 384, 382.

22) fr. 36 De adq. vel am. poss. 41, 2.

Pfanddebitor der Besitz zugeschrieben werden müßte, wenn es wahr wäre, daß in seinem Namen besessen würde [23]). Daß endlich dem Pfandgläubiger Interdicte selbst gegen den Eigenthümer zustehn, ist das sicherste Zeichen, daß er den Besitz nicht im Namen des Eigenthümers hat [24]). Vom Faustpfandgläubiger, ungeachtet man ihm doch nicht, ohne mit den Gesetzen in Widerspruch zu gerathen, den domini animus, der zum wahren Besitze nothwendig seyn soll, zuschreiben kann, scheint also Beides bewiesen zu seyn, corporis possessio und Besitz im eigenen Namen, der aber nicht zur usucapio berechtigt; und von einer iuris possessio ist hier nicht die Rede [25]). So zeigt sich denn hier, selbst bei der corporis possessio, der bei jedem juristischen Besitze postulirte domini animus nicht anwendbar.

Dasselbe, was vom Pfandgläubiger gilt, wird auch ziemlich allgemein vom Emphyteuta angenommen, theils, weil es von ihm heißt: possessor intelligitur [26]), theils weil ihm noch weit mehr Berechtigungen an der Sache zustehn, als dem Pfandgläubiger, und wenn es daher schon vom Eigenthümer, der ein Faustpfand, nicht einmal mit einer Antichre-

23) Possidet, cuius nomine possidetur fr. 18 D. eod.

24) Roßhirt im Archiv für civil. Praxis Bd. 8 S. 25.

25) Ob das Recht der Interdikte dem hypothekarischen Gläubiger, wenn er sich den Besitz verschafft hat, zukomme oder abzusprechen sey, darüber scheinen Schrader (Kritische Zeitschrift Bd. 2 S. 397) und Savigny (Besitz S. 205 Note 3) nicht übereinzustimmen, doch möchte die letztere, die verneinende, Meinung den Vorzug verdienen. Denn aus dem Rechte Besitz zu übertragen folgt eben so wenig das Recht des Besitzes, als wie das Recht Eigenthum zu übertragen nothwendig überall Eigenthum in der Person des Tradenten voraussetzt. Mit Huschke in seinen Studien Bd. I S. 339 stimmen wir daher nicht überein, welcher behauptet, daß ohne Besitz kein wirksamer Verkauf gedacht werden könne.

26) fr. 15 §. 1 D. qui satisdare 2, 8.

sis versehn, an einer Sache eingeräumt hat, omnino non possidet, oder höchstens ad usucapionem tantum possidet, heißt um wieviel mehr wird dieß also von dem Eigenthümer behauptet werden müssen, der eine Emphyteuse eingeräumt hat. Da nun überdieß das Recht des Emphyteuta in perpetuum verliehn zu werden pflegt, so wirthschaftet und besitzt er sicher nicht alieno nomine für den Eigenthümer, sondern für sich, und von einer iuris possessio ist bei ihm anerkannt nirgends die Rede [27]). Ganz sicher kann man hier, wiewohl die Quellen, die freilich überhaupt in Betreff der Emphyteusis sehr dürftig sind, nichts davon sagen, annehmen, der Eigenthümer besitze ad usucapionem, der Emphyteuta quod ad reliquas omnes causas attinet [28]).

Daß der superficiarius keinen Besitz im eignen Namen habe, behauptet Savigny wohl nur aus dem Grunde, weil es ihm unmöglich scheint, daß »Boden und Haus verschiedene Besitzer haben« [29]). Allein der Beweis dieser Unmöglichkeit scheint nicht von ihm geführt. Denn überall nur heißt es, daß die superficies oder das aedificium ein Theil des solum ist, und daß daher mit der Uebertragung des solum immer auch ipso iure die Superficies übertragen werde [30]). Savigny führt (a. a. O. Note 3) drei Stellen zum Beweise für seine Meinung an. Die eine [31]) sagt nur:

27) Savigny Besitz S. 557 Note 1 vergl. mit S. 294.

28) Vielleicht ist dieß auch die Meinung von du Roy im Archiv für civil. Praxis Bd. 6 S. 395.

29) Savigny Besitz S. 260.

30) fr. 98 §. 8 De solut. 46, 3 pars enim insulae area est, et quidem maxima, cui etiam superficies cedit.

31) fr. 44 §. 1 De O. et A. 44, 7 Sic et in tradendo, si quis

bei der soli traditio wird auch die Superficies mittradirt, wenn gleich der Tradent dieß nicht will. Daraus folgt aber nicht, daß si quis dixerit, se superficiem sine solo tradere, dieſe Uebertragung der bloßen superficies unmöglich ſey [32]). Scheinbarer für Savigny's Meinung iſt ſeine zweite Stelle [33]), worin es von der superficies heißt: quam quis possidere non possit. Allein es iſt ſehr deutlich, was hier der Juriſt unter possidere verſteht. Possidere nämlich bei der zweiten in possessionem missio wegen des infectum damnum bedeutet »bonitariſches Eigenthum mit conditio usucapiendi« [34]), und von dieſer zweiten missio iſt gerade in dieſem Fragmente die Rede [35]). Daher iſt in dieſer

---

dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.

32) Als Argument führt Savigny a. a. O. Note 2 das fr. 21 De pign. act. 13, 7 an, worin der Beweis liegen ſoll, daß das Pfandrecht nicht an einem einzelnen Beſtandtheile des Grundſtücks, ſondern nur an dem Ganzen gegeben werden kann. Allein auch hier heißt es nur: ius soli sequetur aedificium, und daß, wer an dem solum ein Pfandrecht einräume, damit implicite auch die superficies verpfände. Nicht aber wird darin geſagt, daß die superficies allein nicht verpfändet werden könne. Denn die Verpfändung der Superficies wird ausdrücklich geſtattet in fr. 16 §. 2 De pign. act. 13, 7 und fr. 13 §. 3 De pignor. 20, 1.

33) fr. 15 §. 12 De damno infecto 39, 2 An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus? Et exstat Sabini sententia, in totas aedes mittendum, alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum: nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit, aut ei non expediat. Et est verior Sabini sententia.

34) Savigny Beſitz S. 176.

35) Savigny a. a. O. S. 176 Note 2.

Stelle nur Folgendes gesagt: die in possessionem missio kann hier keinen Nutzen gewähren, wenn man bloß eine in superficiem missio vornehmen wollte, da man eine superficies (sine solo) nicht usukapiren und zu eigen bekommen kann.[36]). Gerade dasselbe und nichts mehr sagt nun aber auch die dritte Stelle [37]). Denn daß der Usukapionsbesitz beim soli possessor zurückbleibt, kann und soll gar nicht geleugnet werden [38]).

Hingegen für unsere Ansicht, daß der Superficiar Interdiktsbesitz im eigenen Namen habe, sprechen fr. 13 §. 3 De pignoribus 20, 1 [39]), und fr. 3. §. 5 D. uti poss. 43, 17 [40]) deutlich genug; nirgends ist von einer bloßen iuris possessio die Rede, weshalb auch hier unter der possessio nur corporis possessio verstanden werden kann und muß [41]). Nirgends ist ferner von einem alieno nomine possidere die Rede, und doch ist selbst nach Savigny [42]) aller abge-

---

36) fr. 15 §. 12 quam quis possidere (i. e. §. 16 incipere per longum tempus dominium capere) non possit De damn. inf. 39, 2.

37) fr. 26 De usurp. 41, 3 Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest. Vergl. hierüber Blume in Zeitschrift Bd. 4 S. 415 und Savigny a. a. O. S. 260 Note 4.

38) Vergl. *Du Roy* im Archiv für civil. Praxis Bd. VI S. 395.

39) Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem; sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit.

40) ... alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.

41) Auch *Du Roy* a. a. O. S. 396 räumt dem Superficiarius corporis possessio ein.

42) Besitz S. 279.

leitete Besitz nur als Ausnahme zu betrachten, daher überall besonders nachzuweisen. Savigny giebt freilich für den abgeleiteten Besitz des Superficiarius folgenden Grund an [43]): das uti possidetis interdictum findet bei jedem juristischen Besitze Statt, nun findet es bei der Superficies nicht Statt, also hat der Superficiarius keinen juristischen Besitz im eigenen Namen. Jedoch der erste Satz ist ein zu beweisendes Postulat; denn unstreitig hat der Pfandkreditor juristischen (Usukapions-) Besitz, nicht aber das Interdikt. Gesetzt aber Savigny [44]) wollte diesen Einwand nicht gelten lassen, weil es von einem solchen Eigenthümer heißt: omnino non possidet, so müßte er wenigstens folgenden Einwand sich gefallen lassen. Er gesteht dem Fruktuar das uti possidetis interdictum, aber keinen juristischen Sachbesitz im eigenen Namen zu. Daß aber das uti possidetis interdictum nur dem soli possessor zusteht, läßt wohl noch eine andere Erklärung zu. Es haftet nämlich dieses Interdikt am Grunde und Boden, am solum [45]), und daher quia ius soli superficies sequitur, umfaßt es auch die superficies, die zur universitas aedium gehört [46]). Allein ungeachtet so dem strengen Rechte nach dem soli dominus dieß Interdikt gegen den superficiarius zustand, so schützte der Prätor dagegen diesen durch eine

43) a. a. O. S. 289.

44) Er hat nämlich die Note 18 genannte Ansicht von Cuperus angenommen; a. a. O. S. 299.

45) fr. 1 §. 1 D. uti poss. 43, 17 Hoc interdictum de soli possessore scriptum est.

46) Huschke in der Tübinger Kritischen Zeitschrift Bd. 2 S. 354.

exceptio [47]). Aus dem Grunde also, weil der Superficiarius kein Recht am solum, und daher auch keinen Besitz an demselben hatte, konnte ihm das uti possidetis interdictum nicht zustehn. Da jedoch hier so sichtbar das Recht und der Besitz an einer körperlichen und deutlich vom solum zu unterscheidenden Sache, der Superficies, dem Superficiar zustand, so gab der Prätor zum Schutze dieser körperlichen Sache, die gleichsam ein vom Boden getrenntes Ganze für sich ausmachte [48]), ein eigenes dem uti possidetis interdictum ganz analog nachgebildetes Interdikt, das de superficiebus interdictum, eben so zum Schutze gegen Dritte, als gegen den Eigenthümer selbst, und auch daraus scheint die possessio des Superficiarius im eignen Namen bewiesen zu seyn [49]).

Bei den Servituten leugnet Savigny [50]) ganz allgemein den Sachbesitz im eigenen Namen aus dem Grunde, weil die Servituten dem Eigenthum gegenüber gestellt und entgegengesetzt werden, daher der domini animus unmöglich sey. Allein diese Regel, daß bei jeder possessio domini animus erforderlich sey, die sich auf keine andere Autorität, als auf zwei Stellen des Theophilus (Note 10) stützt, ist bereits als nicht allgemein wahr nachgewiesen, indem bei allen bisher durchgegangenen sog. iura in re aliena — Emphyteusis,

47) Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis fr. 3 §. 7 D. uti poss. 43, 17.

48) universitas aedificii fr. 7 §. 11 De adq. rer. dom. 41, 1; Roßhirt im Archiv für civilist. Praxis Bd. 8 S. 34.

49) Auch Huschke a. a. O. gesteht dem Superficiar vera possessio zu.

50) Besitz S. 97, 98.

Superficies und Faustpfand — corporis possessio im eigenen Namen ohne domini animus sich vorfand. Da nun bloß noch die Servituten als möglicher Gegenstand der iuris possessio übrig sind [51]), im Eingange aber das Daseyn einer iuris possessio als vorhanden im Römischen Rechte, auch zugleich deren wahrscheinlicher Zusammenhang mit den Servituten gezeigt ist, so wird schon von vorn herein ohne allen Beweis es nothwendig seyn, damit der Begriff der iuris possesio nicht ein leerer bleibe, seine Wirksamkeit bei den Servituten anzunehmen. Nur darüber wird noch eine Beweisführung nöthig seyn, ob die iuris possessio bei allen Servituten sich finde, oder ob sie auch diesen engen Kreis sich noch mit der corporis possessio theilen müsse. Es bleibt daher nichts übrig, als die Servituten nach ihren verschiedenen Geschlechtern einzeln durchzugehn.

Wäre uns die Ansicht der Römer über corpus und ius und ihr darauf gebauter Unterschied zwischen corporis und iuris possessio unbekannt, so würden wir gewiß geneigt seyn, dem Usufructuar corporis possessio zuzuschreiben. Denn das Recht des Fructuars [52]) ist so wie das des Eigenthümers ein ius in corpore [53]), und daher könnte man sehr

---

51) Denn bei den Rechten gegen eine Person ist von einer iuris possessio aus sehr natürlichen Gründen nicht die Rede, indem ja Besitz und Anspruch durch actiones sich geradezu einander entgegenstehn. Unterholzner in der Kritischen Zeitschrift Bd. 4 S. 374.

52) Was von ihm gilt, muß auch ebenso von den ihm analogen Dienstbarkeiten, dem usus und der habitatio, gelten; und was in dieser Beziehung vom ususfructus animalium gilt, kommt auch bei den operae zur Anwendung.

53) Est enim ususfructus ius in corpore; quo sublato, et ipsum

geneigt seyn, die faktische Ausübung des Ususfructus, die possessio daran, einen Besitz an einer körperlichen Sache, eine corporis possessio zu nennen. Dazu kommt noch, daß es vom Fructuar heißt r e m t e n e a t [54]). Das Wort res aber könnte zum Beweise der corporis possessio dienen. Denn da bei der Emphyteuse, so wie beim Pfandrechte die Ausdrücke r e m persequi und vindicatio r e i nur vorkommen, wegen der mit diesen Arten von ius in re verknüpften corporis possessio [55]), und beim Ususfructus als Gegenstand desselben sich der Ausdruck res auch findet, so sollte man meinen, daß auch beim Ususfructus die corporis possessio nicht geleugnet werden könnte. Endlich lesen wir noch, daß unter einem dominus auch der zum ususfructus Berechtigte verstanden werde [56]). Dessenungeachtet aber haben

tolli necesse est fr. 2 De usufr. 7, 1. Vergl. noch fr. 121 De V. S. 50, 16. Hierauf, daß eben die persönlichen Servituten iura in corpore sind, beruht auch wol die Regel servitus servitutis esse non potest, die unstreitig nur auf Errichtung einer persönlichen Servitut an einer Grunddienstbarkeit geht fr. 33 §. 1 i. f. De S. P. R. 8, 3; fr. 1 De usu et usufr. leg. 33, 2.

54) Iulianus autem ita scribit, ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit; sed et eum, qui ususfructus nomine r e m t e n e a t, quamvis nec hic utique possideat fr. 5 §, 1 D. ad exhib. 10, 4; Possessio quoque per servum, cuius ususfructus meus est, ex re mea, vel ex operis servi adquiritur mihi; cum et naturaliter a fructuario t e n e a t u r... fr. 49 pr. De adq. vel am. poss. 41, 2; neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis t e n e t u r fr. 1 §. 8 D. quod legat. 43, 3.

55) S a v i g n y Besitz S. 103 Note I.

56) fr. 8 pr. De reb. auct. iud. 42, 5 appellatione domini fructuarius quoque continetur.

wir es hier mit einem ſo conſtanten Sprachgebrauch der Römiſchen Juriſten zu thun, daß wir durchaus, wenn es gleich vom Fructuar heißt: possidet, dennoch darunter nur iuris possessio verſtehn können. Nie wird nämlich das Eigenthum mit ius [57]), ſondern ſtets mit res oder corpus, dagegen der ususfructus nie mit corpus, ſondern ſtets mit ius [58]) bezeichnet. Daß der Fructuar aber possessio habe, geht aus folgenden Argumenten hervor. Ihm ſteht das Interdict de vi zu, und doch leſen wir von dieſem Interdicte, daß es nur dem zukomme qui possidebat [59]). Eben ſo hat der Fructuar einer Immobilie das Interdict uti possidetis zu ſeinem Schutze [60]),

57) Eine einzige Stelle, die als Ausnahme gelten kann, iſt oben (Abhandlung I Note 20) angeführt, und eben ſo iſt fr. 17 De exceptionibus 44, 1 die einzige Stelle, wo eine Servitut corpus genannt wird.

58) Die Beiſpiele dafür ſind ſehr zahlreich fr. 1 pr. De cond. tritic. 13, 3; fr. 19 pr. De damno inf. 39, 2; fr. 2 §. 22 D. vi bon rapt. 47, 8; Vaticana fragmenta de usufructu p. 10 l. 27 (§. 92); noch häufiger wird vom ususfructus geſagt in iure consistit, d. h. est ius. Vergl. *Cuperus* de natura possessionis lib. 1 cap. 4 p. 48 ff. und folgende Stellen: §. 2 I. de rebus incorp. 2, 2; fr. 1 §. 1 De div. rer. 1, 8; fr. 66 §. 6 De legatis II; c. 12 i. f. C. de praescriptione 7, 33.

59) fr. 1 §. 23 De vi 43, 16. Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum deiiceretur, possidebat, nec alius deiici visus est, quam qui possidet.

60) Das Interdikt ſteht ihm ſelbſt gegen den Eigenthümer und gegen den Uſuar an derſelben Sache zu, ſo daß das Interdikt gleichzeitig dreien Perſonen zuſtehn kann, dem nudae proprietatis dominus, dem usuarius und dem fructuarius fr. 4 D. uti poss. 43, 17. Hieraus erklärt ſich auch ſehr leicht fr. 52 pr. De adq. vel am. poss. 41, 2 ... neque (nicht namque Savigny Beſitz S. 286 Note 3) impediri possessionem,

ungeachtet es doch nur den soli possessores eingeräumt wird [61]). Wenn wir nun lesen, daß diese Interdicte den in possessionem missis nicht zustehn können, quia non possident [62]), von den Fructuarien aber es ebenfalls heißt non possident [63]), und ihnen nichts desto weniger die possessorischen Interdicte zustehn, so muß wohl dort non possidere etwas Anderes als hier bedeuten [64]); und diese verschiedene Bedeutung ist auch nicht schwer aufzufinden. Dort nämlich wird aller juristische Besitz, nur nicht die Detention, geleugnet (non possident, neque ad interdicta, neque ad usucapionem); hier hingegen soll nur der Civilbesitz geleugnet werden (non possident scil. ad usucapionem). Diese Ansicht wird dadurch bestärkt, daß wir von Gajus die Aeußerung lesen [65]): usufructuarius servum usucapere non potest, primum quia non possidet, wodurch ja nur der Usukapionsbesitz geleugnet wird. Dadurch erhält denn auch das naturaliter possidere des Fruktuars im fr. 12 pr. De adq. vel am. poss. 41, 2 [66]) seine bestimmte Bedeutung.

---

si alius fruatur, neque alterius fructum computari, si alter possideat; denn der Interdiktbesitz des Eigenthümers dauert neben dem juristischen Besitze des Fruktuars fort.

61) fr. 1 §. 1 D. uti poss. 43, 17.

62) fr. 3 §. 8 D. eod.

63) fr. 6 §. 2 De precario 43, 26; fr. 1 §. 8 De adq. vel am. poss. 41, 2; fr. 5 §. 1 D. ad exhibendum 10, 4.

64) Civiliter non possidere hat ja auch zwei Bedeutungen. Theils bezeichnet es Leugnen alles Besitzes, theils nur Leugnen des Civilbesitzes. Vergl. Thibaut hinter *Cuperus* de natura possessionis p. 170, 171.

65) fr. 10 §. 5 De adq. rer. dom. 41, 1 identisch mit §. 4 I. per quas personas 2, 9.

66) Naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet.

Es steht gerade, wie der Naturalbesitz des Faustpfandgläubigers [67]) und der beschenkten Ehefrau [68]) nur dem Civilbesitze gegenüber [69]).

Die bisher über den Fructuar gemachten Bemerkungen, daß es von ihm heiße rem teneat, und wiederum daß er als iuris possessor angesehn werden solle, haben die neuern Juristen seit Cuperus [70]) darauf geführt, zwar weder corpori noch iuris possessio beim Fructuar zu leugnen, allein jene für bloße Detention im fremden Namen, diese für juristischen Besitz im eigenen Namen zu erklären, so daß also der Fructuar zwei ihrem Objecte nach verschiedene Besitze habe [71]). Allein in der That scheint sich diese Ansicht nicht vertheidigen zu lassen. Denn bei der iuris possessio muß man nicht an einen vom Sachbesitz gänzlich getrennten und verschiedenen Besitz der Gerechtigkeit denken [72]), sondern an einen Besitz der Sache, nur nicht zum Zwecke des mit der Sache zusammenfallenden Eigenthums, sondern der Gerechtigkeit

67) fr. 3 §. 15 D. ad exhibend. 10, 4. Savigny Besitz S. 49 ff.

68) fr. 1 §. 8 §. 9 De vi 43, 16; Savigny Besitz S. 75; fr. 1 §. 2 D. pro donato 41, 6 Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Iulianus putat.

69) Auch Cicero sagt pro Caecina cap. 32 Caecinam possedisse propter usumfructum non negas.

70) Cuperus a. a. O. p. 60.

71) Cuperus a. a. O. p. 120: eadem possessio dici nequit, quae, licet in eadem re, circa diversam tamen materiam, sive obiectum, quod vocant, versetur.

72) Wollte man iuris und corporis possessio, welche anerkannt durchaus dieselben Wirkungen erzeugen (Roßhirt a. a. O. S. 62) für zwei ganz verschiedene possessiones erklären, so müßte man ja auch die

daran [72]), ſo daß alſo die iuris possessio gerade ſo wie die corporis possessio die rei detentio vorausſetzt. Es fehlte nun aber den Römern an einem bezeichnenden Ausdrucke für das Object des ususfructus [74]), wie ſie es in den Worten res oder corpus für das Object des Eigenthums hatten, und daher kam es, daß ſie in der Lehre vom Eigenthume ſo oft das Object des Rechtes ſtatt des Eigenthumes ſelbſt ſetzten, während ſie umgekehrt bei den Servituten das Object des Rechts durch die Befugniß ſelbſt ausdrückten [75]). Wie alſo beim Fauſtpfand der Eigenthümer und der Creditor, Beide corporis possessio nach Römiſchem Rechte haben ſollen, ſo hat auch beim ususfructus der Eigenthümer zum Zwecke ſeiner Proprietät, der Fructuar zum Zwecke des uti und frui, körperlichen Beſitz [76]). Die Detention des Fructuars leugnen wir daher gar nicht, ſondern nur die alieno nomine detentio. Denn von einem alieno nomine tenere oder possidere iſt beim Fructuar nirgends die Rede. Auch im fr. 9 De rei vind. 6, 1, wo ein Verzeichniß von Beſitzern im fremden Namen ſich findet, wird der Fructuar nicht genannt, und man ſoll ja den ſogenannten abgeleiteten Beſitz

Interdikte, welche jene und welche dieſe ſchützen, für verſchieden erklären, was doch anerkannt nicht der Fall iſt. Vergl. Savigny Beſitz S. 423 Note 1.

73) Schweppe das Römiſche Privatrecht. Vierte Ausgabe §. 223.

74) Savigny Beſitz S. 167.

75) Eine ſehr befriedigende Erklärung der Verſchiedenheit dieſes Sprachgebrauchs findet ſich im Rheiniſchen Muſeum Bd. I S. 308, 309 von Puchta.

76) Dieß iſt auch gewiß die Anſicht von Cicero, wenn er a. a. O. ſagt: Caecinam possedisse propter usumfructum non negas.

nur da annehmen können, »wo ihn das positive Recht ausdrücklich geltend machen will [77]).«

Fast eben so einfach ist das Verhältniß bei den Prädialservituten. Für alle [78]), und insbesondere noch für diejenigen Servituten, deren Ausübung in einer eigenen unabhängigen Handlung besteht [79]), finden wir den Grundsatz ausgesprochen, daß sie weiter nichts als Qualitäten des herrschenden Grundstückes, also eines corpus [80]) sind. Daher müßte, wäre diese Ansicht von den Römischen Juristen consequent durchgeführt worden, der Besitz der Servituten eine corporis possessio in sich schließen. Allein hier trat der schon oben erwähnte constante Sprachgebrauch von ius und corpus entgegen [81]). So heißt es daher von dem Berechtigten zur aqua per rotam tollenda vel haurienda in fr. 2 D. comm. praed. 8, 4 ius possidet, und von dem zur Wegeservitut Berechtigten in fr. 7 De itinere 43, 19 ius fundi possidet. Hier haben wir also wieder Anwendungsfälle der iuris

77) Savigny Besitz S. 105.

78) fr. 86 De V. S. 50, 16 Quid aliud sunt iura praediorum, quam praedia qualiter se habentia? ut bonitas, salubritas, amplitudo?

79) fr. 12 D. quemadm. serv. am. 8, 6. Qui fundum alienum bona fide emit, itinere, quod ei fundo debetur, usus est; retinetur id ius itineris; atque etiam si precario aut vi deiecto domino possidet: fundus enim qualiter se habens, ita cum in suo habitu possessus est, ius non deperit.

80) Daher heißt es von den rusticorum praediorum servitutes im fr. 14 pr. De servit. 8, 1 corporibus accedunt. Vergl. Abhandlung VI Note 14.

81) Gerade bei den sog. Prädialservituten ist der Ausdruck iura praediorum der ganz gewöhnliche.

possessio vor uns. Nur fragt es sich, ob wir überall, wo sich diese praediorum iura finden, auch eine possessio iuris annehmen können? Diese Frage scheint identisch mit der, ob überall diese iura durch Interdicte geschützt werden, worüber sich in neuerer Zeit zwischen Savigny und Thibaut Streit erhoben hat. Die beiden angeführten Stellen, welche von der iuris possessio handeln, können deswegen nichts zur Entscheidung des Streits beitragen, weil sie gerade zwei solche Servituten, iter und aquaehaustus, betreffen, die durch eigene Interdicte geschützt sind, und der Streit sich eben darum dreht, ob überall, wo keine besonderen Interdicte dem Servitutberechtigten zustehn, diesem das uti possidetis interdictum zukomme [82])? Nimmt man mit Savigny [83]) drei Arten der Servituten an, einmal negative, ferner solche positive, die in einer eigenen Handlung, welche nur mittelbar auf das herrschende Grundstück sich bezieht, bestehn, endlich solche positive, die mit dem Besitz des herrschenden Grundstückes unmittelbar verbunden sind, so können wir bei den letzten am aller wenigsten zweifeln, daß hier possessio vorhanden, und durch das uti possidetis Interdict geschützt sey; und hier finden wir denn auch eine ausdrückliche Bestätigung dieser Behauptung in fr. 8 §. 5 D. si serv. vind. 8, 5 [84]). Nur finden wir jene Ansicht, daß eine Servitut

82) Das fr. 14 pr. De serv. 8, 1 wird gewöhnlich angeführt, um zu zeigen, daß an der servitus itineris keine possessio möglich sey, allein die possessio überhaupt wird hier nicht geleugnet, sondern nur die certa continuaque possessio, also die (iuris) possessio als vorhanden vorausgesetzt.

83) Besitz S. 534, 535.

84) ... Fumum in superiora aedificia iure immitti posse ... Sed

immer eine Qualität des herrschenden Grundstückes, also etwas — von der Sache getrennt gedacht — gar nicht Vorhandenes sey, auch für die andere Art der positiven Servituten [85]), ja selbst ganz allgemein [86]), also auch für die negativen Servituten, ausgesprochen, so daß also die Anwendbarkeit des uti possidetis interdicti auch für diese Servituten nicht bezweifelt werden dürfte. Freilich da hier die Ansicht der classischen Juristen ein ius incorporale [87]) sah, so konnte das genannte Interdict nicht geradezu, sondern nur veluti angewendet werden, weswegen auch Javolenus sagt: ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt [88]); d. h. das uti possidetis wird zwar gestattet; allein nach der jedesmaligen Beschaffenheit des ius in re modificirt [89]).

Auffallend kann es nur erscheinen, warum, da ja nach dieser Ansicht das uti possidetis interdictum überall aushalf, doch noch für einige Fälle besondere Interdicte aufgestellt worden sind. Dieß aber erklärt sich vielleicht aus einer ältern Ansicht der Römer, wonach iter, via, actus und aquaeductus ebenfalls für eigene kleine praedia angesehn wurden [90]),

et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti.

85) fr. 12 D. quemadm. serv. 8, 6; s. Note 79.

86) fr. 86 De V. S. 50, 16; s. Note 78 und Savigny Besitz S. 556 Note 2.

87) fr. 4 §. 27 De usurp. 41, 3 per longum tempus non utendo amitto viam; quia nec possideri intelligitur ius incorporale.

88) fr. 20 De servit. 8, 1.

89) Thibaut im Archiv für civilist. Praxis Bd. I S. 111 ff.

90) Hugo Zehnte Rechtsgeschichte S. 462 Z. 17 ff.

und daher durch eigene Interdicte geschützt werden mußten. Deshalb finden wir auch nur bei den genannten Servituten, den ältesten [91]), eigene Interdicte, die im neuesten vollkommen überflüssig wurden. Aber wegen ihrer zum Theil eigenthümlichen Ausbildung blieben sie, das Interdict uti possidetis ausschließend, bestehn, gerade wie dasselbe mit der familiae herciscundae und finium regundorum actio in Beziehung auf die communi dividundo actio der Fall ist. Da man nun aber, vielleicht nicht in der ältesten Zeit, wohl aber zur Zeit der classischen Juristen, an den positiven Servituten eine iuris, keine corporis possessio annahm, um wieviel mehr müssen wir darnach die corporis possessio bei den negativen Servituten leugnen. Denn hier tritt das Incorporale ja um so stärker hervor [92]).

Damit sind die Fälle, wo von einer (iuris) possessio im Römischen Rechte die Rede seyn könnte, erschöpft. Denn bei Rechtsverhältnissen, die sich nicht auf eine körperliche Grundlage zurückführen lassen, sondern blos einen Anspruch auf eine bestimmte Person oder an mehrere bestimmte Personen enthalten [93]), einen Besitz anzunehmen, wäre eben so ungereimt, als die Annahme eines runden Vierecks [94]); und das Resul-

91) fr. 1 pr. De S. P. R. 8, 3; Schrader Civilist. Abhandlungen № V; Wallhorn Rosen Ueber Dominium. S. 10 und 11; Savigny Besitz S. 539 № 1; Albert Ueber den Besitz unkörperl. Sachen S. 1 Note 1.

92) Roßhirt a. a. O. S. 50.

93) Roßhirt a. a. O.

94) So drückt sich Huschke aus in der Tübinger Kritischen Zeitschrift Bd. II S. 357; Vergl. Unterholzner ebenda Bd. IV S. 374 (s. oben Note 51).

tat ist also, daß eine iuris possessio nur bei Servituten, aber bei allen sich findet, und daß ferner zwar eine rei detentio bei ihnen vorkomme, ja sogar vorkommen müsse, weil sie ein wesentlicher Bestandtheil der iuris possessio ist, daß diese aber eben darum durchaus nicht alieno nomine, sondern proprio nomine ausgeübt werde.

Wir haben im Eingange die Ausdrücke der Neuern quasi possessio und iuris quasi possessio für iuris possessio nicht gebilligt, und wollen nun versuchen unsere Ansicht, wonach wir den Namen iuris possessio vorziehn, zu rechtfertigen. Den Ausdruck quasipossessio finden wir in der That bei Gaius I. IV., 139 und daraus im pr. I. de interdictis 4, 15 [95]), wohl als Kunstausdruck. Da wir nun den Usufructuar einmal mit dem Namen quasidominus belegt finden [96]), so könnte Dieß leicht zu der Combination führen, den juristischen Besitz des Fructuar quasi possessio zu nennen, zumal da auch in specieller Beziehung auf den usus fructus der Ausdruck quasi possessio sich findet. Es fragt sich daher, ist unter der usus fructus quasi possessio, um mich so auszudrücken, der Eigenthumsbesitz des Usufructuar zu verstehn?

Die Worte der einen Stelle, des fr. 23 § 2 D. ex quib. caus. mai. 4, 6 [97]), zeigen deutlich, daß hier ein anderer

95) Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus Praetor aut iubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat; quod tunc maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

96) fr. 22 pr. De aqua et aquae pluviae 39, 3.

97) §. 2 Item ei, qui per captivitatem fundi possessionem vel usus fructus quasipossessionem amisit, succurrendum esse, Papi-

Fall, als in dem unmittelbar vorhergehenden Paragraphen vorliegt. Darin, daß in dem §. 1 von dem, qui apud hostes est, hier von einem captivus die Rede ist, kann der Unterschied nicht liegen, sondern der Unterschied kann sich nur in den Jedem Einzelnen entgangenen Vortheilen äußern. Im ersten Falle ist nun aber davon die Rede, daß der Gefangene nihil per usum sibi adquirere potest, also kein einziges Recht sich verschaffen könne, das einen Erwerb durch usus zuläßt (namentlich Eigenthum und Servitut), und zwar könne er den usus, den Besitz, weder anfangen, noch fortsetzen (nec coeptam possessionem poterit implere). Daß durch postliminium ein solches zerrissenes Verhältniß wieder angeknüpft werden sollte, war allenfalls beim Eigenthum glaublich, nicht aber bei den persönlichen Servituten, deren Verlust durch jede capitis diminutio magna herbeigeführt wurde. Daher beantwortet der Jurist am Schlusse des Paragraphen die Frage über in integrum restitutio wegen postliminium nur in Beziehung auf das Eigenthum. Aber in der Verneinung eines solchen Einflusses des postliminii für das Eigenthum liegt auch indirekt schon die Verneinung für die persönliche Servitut. Nun schaltet Ulpian bei dieser Gelegenheit eine Aeußerung Papinians [98]) ein, offenbar den Faden seiner

---

nianus ait: et fructus quoque medio tempore ab alio ex usufructu perceptos debere captivo restitui, aequum putat. §. 1. Is autem, qui apud hostes est, nihil per usum sibi adquirere potest, nec coeptam possessionem poterit implere, dum est apud hostes; hoc amplius nec postliminio reversus reciperabit per usum dominii adquisitionem. §. 3 Hi plane qui fuerunt in potestate captivi, usu rem adquirere possunt u. s. w.

98) Allgemein bekannt und gerühmt ist die hohe Moralität Papinians, die ihm, einem Caracalle gegenüber, den Tod kostete. Allein noch ist nicht

Darstellung, der im §. 3 fortläuft, unterbrechend. Das Item ist hier wohl nicht passend angebracht, sondern passender scheint Contra, weil hier ein Fall dargestellt wird, in welchem der Gefangene Ersatz erhält, während in dem vorigen Paragraphen dem Gefangenen für seinen ihm entgangenen Vortheil kein Ersatz zuwächst. Papinian sagt nämlich, wenn die Gefangenschaft daran Schuld war, daß Jemand fundi possessionem vel ususfructus quasipossessionem amisit, so solle ihm Hülfe geschafft werden, und er erklärt es für billig, daß die dem Gefangenen wegen seines ususfructus gebührenden und während seiner Gefangenschaft von einem Dritten gezogenen Früchte dem aus der Gefangenschaft Befreiten restituirt würden. Die Verschiedenheit dieser Entscheidung führt also ganz natürlich darauf, daß der hier zum Grunde liegende Fall ein ganz anderer, als der im §. 1 sein müsse. Da nun aber die Subjecte gleich sind, so muß die Verschiedenheit in dem Factum liegen. Darnach können wir nun das hier zum Grunde liegende Factum so darstellen. Jemand, der Interdictsbesitz an einem Grundstücke oder am ususfructus desselben hat, kommt durch seine Gefangenschaft aus dem Besitze (qui per captivitatem fundi possessionem, vel ususfructus quasi possessionem amisit). Z. B. es hat Jemand ein Grundstück oder den ususfructus daran als Faustpfand erhalten; hier wird es ganz der Billigkeit angemessen seyn, daß, wenn der Capitalschuldner den ususfructus für sich während der Gefangenschaft gehabt hat, er seinem durch das postliminium frei

---

darauf hingedeutet, daß Ulpians (des Christenfeindes) und Paulus Charakter weniger Lob verdiene. Denn ihre tadelnden notae zu Papinian scheinen nur aus der unlautern Absicht geschrieben zu sein, um durch dessen Herabsetzung sich selbst in die Gunst von Caracalla zu setzen.

gewordenen Gläubiger die gezogenen Früchte (et fructus quoque), und außerdem natürlich den ususfructus selbst restituire. Die quasi possesio ist daher nach dieser Stelle nicht dominium ususfructus, oder, um mich so auszudrücken, nicht civilis possessio sondern naturalis [99]).

Die andre Stelle, wo die quasipossessio vorkommt, ist fr. 3, §. 17 De. vi 43, 16 [100]). Während in fr. 1, §. 23 D. eod. gesagt wird, das Interdictum de vi stehe nur Dem zu, qui possidebat, wird hier die Behauptung aufgestellt, daß nicht blos die ehemalige possessio zur Anstellung dieses recuperandae possessionis interdicti genüge, sondern auch die ehemalige quasipossessio. Da nun im nächst vorhergehenden Paragraphen [101]) davon die Rede ist, daß Jemanden der Ususfructus hinterlassen, oder auf irgend eine Weise z. B. Praetoris tuitione errichtet sey, und ihm dann immer das Interdict zustehe, so muß hier mit den Worten, qui ususfructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, offenbar ein schwächeres Recht gemeint seyn, wonach weder dominium noch possessio ususfructus, weder civiler noch prätorischer Ususfructus dem Berechtigten zusteht.

---

99) Auch Schulting in seinen Notae zu dieser Stelle sagt: possessionem scil. nudam, und beruft sich dabei auf die Glosse; in der Ausgabe von Smallenburg Bd. I S. 570.

100) Qui ususfructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. Sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus: recte dicitur, heredibus et successoribus competere hoc interdictum, non ut in futurum constituatur ususfructus, sed ut praeterita causa, et damnum praeteritum sarciatur.

101) §. 16 eod. Item si non ususfructus, sed usus sit relictus,

Was bleibt also übrig, als auch hier die bloße ad interdicta possessio anzunehmen, was denn auch vollkommen zu der Berechtigung das Interdict anzustellen paßt! Es kann daher hiernach Jeder, der etwa den Ususfructus als Pfand erhalten, dieß Interdict anstellen, eben so derjenige, welchem er precario eingeräumt ist [102]). Also auch in dieser Stelle bezeichnet die quasipossessio nur Interdictbesitz, bezogen auf Servituten.

Außerdem ist ja aber auch mit den deutlichsten Worten der genaue Zusammenhang der Interdicte mit der quasi possessio im pr. I. de interdictis (s. Note 95) ausgesprochen, so daß wir darnach schon vermuthen können, daß die einzige [103]) noch übrige Stelle, wo der Ausdruck quasi possessio sich findet, allerdings auch nur diese Bedeutung haben wird. Dieß ist fr. 10 pr. D. si servitus. 8, 5 [104]). Hier

competit hoc interdictum; ex quacunque enim causa constitutus est ususfructus, vel usus, hoc interdictum locum habebit.

102) Vielleicht schwebte gerade der letztgenannte Fall dem Verfasser dieser Stelle vor, da wir den Ausdruck qualiterqualiter possidet im fr. 11 §. 12 D. quod vi aut clam 43, 24 von dem qui precario possidet gebraucht finden.

103) Nach dem Rehdigeranus Codex kann man auch fr. 4 D. uti poss. 43, 17 (Idem erit, et si ususfructus quis sibi defendat quasi possessionem) hierher zählen. In den übrigen Handschriften fehlt quasi; doch würde es an dieser Stelle durchaus für unsere Meinung einen Beweis abgeben.

104) Si quis diuturno usu et longa quasi possessione, ius aquae ducendae nanctus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se (vergl. Note 85 der Göttinger Ausgabe), non vi non clam non precario possedisse.

sind die Requisite zur Erwerbung einer Grunddienstbarkeit durch Ersitzung zusammengestellt. Sie bestehn darin, daß Jemand einen Besitz, der durch Interdicte geschützt, also nicht vi, clam oder precario vom Kläger erworben ist, die gehörige Zeit hindurch fortgesetzt (longa quasi possessione) und daß dieser Besitz niemals unterbrochen ist (diuturno usu) [105]). Darnach können wir nun drei Grade in der Berechtigung des Fructuars, so wie der übrigen Servitutberechtigten unterscheiden. Obenan das dominium ususfructus, das auf civile Weise von dem dazu Berechtigten erworbene Recht zum Genusse und Ertrage, sodann die possessio ususfructus [106]),

---

105) Am Schlusse der Stelle werden diese beiden Requisite noch einmal hervorgehoben: der Interdiktsbesitz non vi, non clam non precario, und die ungestörte Benutzung per annos forte tot. Jene drei possessionis vitia kommen wenigstens sonst nur bei den possessorischen Interdikten zur Sprache.

106) fr. 3 D. si ususfr. pet. 7, 6 ... est enim absurdum, plus iuris habere eum, qui possessionem dumtaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sint. Dieser Ausdruck: dominium ususfructus, ist die unschuldige Veranlassung zu manchen Irrthümern der Neuern geworden. So bemerkt Mackeldey Lehrbuch §. 240 Note a: »Im Römischen Rechte ist der Begriff von Eigenthum auch ausgedehnt auf iura in re, insofern sie uns als eigene Rechte an einer fremden Sache zustehn, daher: dominium ususfructus et servitutis.« Fürs Erste zeigt sich schon die Irrigkeit dieser Ansicht, als ob je die Römer dominium (im technischen Sinne) für gleichbedeutend mit einem ius in re aliena genommen hätten, darin, daß dominium servitutis in den Quellen sich eben so wenig findet, als etwa dominium pignoris für das Recht des Faustpfand-Gläubigers. Außer der eben mitgetheilten Stelle beruft sich Mackeldey noch auf fr. 8 pr. De reb. auct. iud. 42, 5 (appellatione domini fructuarius quoque continetur); allein diese Stelle verliert ihr Gewicht durch fr. 43 §. 12 De furtis 47, 2, wo derselbe Ulpian mit der Bemerkung schließt: fructuarius

wenn der ususfructus zwar nicht nach civilem, aber doch nach prätorischem Rechte bestehn konnte [107]). Endlich die quasi-possessio, welche den nur zu Interdicten berechtigenden Besitz der Servituten bezeichnet. Darnach enthält, wenn nicht die quasipossessio ausdrücklich von der Berechtigung des Fructuars getrennt ist, die possessio ususfructus stets die quasi possessio in sich, und das dominium wiederum die possessio, so daß also dem durch ius civile oder praetorium berechtigten Fructuar wahre possessio iuris, nicht quasi possessio zukommt.

---

dominus non est. — Ebenfalls auf derselben Basis ist die Bemerkung Mackeldeys a. a. O. §. 209 Note c gebaut, daß das Erbrecht im Römischen Rechte auch als quasi dominium hereditatis betrachtet werde. Den Beweis dieser Behauptung will er durch §. 7 I. de heredum qualitate 2, 19 und fr. 48 pr. De her. inst. 28, 5 führen. Aber die erste Stelle sagt nur: pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant; und diese Meinung der veteres war sicher schon zu des Gajus Zeiten Antiquität. Denn er sagt I. II, 54 olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur. Die zweite Stelle (His verbis: Titius hereditatis meae dominus esto, recte institutio fit) spricht nur die Möglichkeit aus, daß auf solche Weise ein Testator, ein Nichtjurist, sich ausdrücken könne, kann also noch weniger dazu dienen, den Beweis zu liefern, daß das Römische Recht, also die classischen Juristen, und die Compilatoren der Justinianischen Rechtsbücher, das Erbrecht als ein dominium hereditatis betrachtet haben. Eben so wie in dieser letzten Stelle findet sich in fr. 70 §. 1 De V. S. 50, 16 dominium gebraucht, jedoch in einem vulgären, dem Eigenthume ähnlichen Sinne. Vergl. Hasse im Rheinischen Museum Bd. I Heft I S. 87 Note 26. Wir müssen daher hier eben so, wie bei den in Abhandlung I Note 44 angeführten Beispielen den juristischen Sprachgebrauch von dem vulgären sondern.

107) z. B. fr. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7, 4; Savigny Besitz S. 177 Note 1.

Unrömisch scheint es daher, wenn man quasi possessio oder iuris quasi possessio mit iuris possessio für identisch erklärt. Ueberdieß ist der Ausdruck iuris quasi possessio zuverlässig pleonastisch, da es keine corporis quasi possessio giebt. Man führe nicht dagegen an, daß in den Quellen von einer usufructus quasi possessio die Rede ist; denn dieser Zusatz ist nothwendig um zu bezeichnen, von welchem ius gerade hier die Rede sey. Spricht man aber im Allgemeinen von dem Interdiktsbesitz der Servituten, so ist die Benennung quasipossessio vollkommen hinreichend. Wenn daher von dem Rechte zum Besitze in der Person eines Servituteninhabers die Rede ist, kann hier nur der Ausdruck iuris possessio ohne den Zusatz quasi gebraucht werden. Dafür dienen zum Beweise theils die Stellen, wo ganz allgemein von der possessio an iura gesprochen wird, wie fr. 2 §. 3 De precario 43, 26 und c. 10 C. de adq. et ret. poss. 7, 32 (s. Note 4 und 5), theils die, wo von der possessio einer persönlichen [108]) und Prädialservitut [109]) die Rede ist [110]).

---

108) In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, etsi alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat fr. 4 D. uti poss. 43, 17.

109) qui hoc ius (aquam hauriendam) possedit fr. 2 D. Comm. praed. 8, 4 ius fundi possedisse oportet fr. 7 De itinere 43, 19; vergl. fr. 3 §. 6 D. uti poss. 43, 17.

110) Eben so kann man auch die Stellen dafür anführen, wo vom traditus ususfructus fr. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7, 4, von servitutibus per traditionem constitutis fr. 11 §. 1 De publiciana 6, 2, und von einer traditio servitutum fr. 1 §. 2 De S. P. R. 8, 3 die Rede ist, weil man bei einer quasipossessio auch nur eine quasitraditio erwarten könnte.

Wie wird sich aber der Besitz gestalten, wenn z. B. der Fruktuar seinen ususfructus verkauft [111]), oder verpachtet hat [112])? Hier ist natürlich, wie bei der locatio des Eigenthums nur detentio übertragen, und der Käufer oder Pächter hat keine Interdikte im eigenen Namen zum Schutze seiner Detention. Ist dagegen der ususfructus verpfändet, so läßt sich hier entweder eine Hypothek oder ein Faustpfand daran constituirt denken [113]). In jenem Falle ist von einer Aenderung des Besitzes gar nicht die Rede, wohl aber in diesem. Die possessorischen Interdikte gehn daher auf den Pfandnehmer über; dem dominus ususfructus bleibt nur die civile Pfandklage zurück, dem possessor ususfructus der Usukapionsbesitz, dem bloßen quasipossessor ususfructus [114]) nichts, weil er seine einzige Berechtigung übertragen [115]).

111) Kauf ist in dieser Beziehung der Pacht ganz gleich, nur daß dort mit einem Male eine größere Summe bezahlt wird, statt der kleinern jährlichen bei der Pacht. Ich benutze diese Gelegenheit ein Versehn zu berichtigen, welches in meinem Commentar zu den Vatikanischen Fragmenten (de usufructu p. 1 l. 1 ff. §. 41) erst bei der letzten Umarbeitung durch ein Einschiebsel entstanden und daher unbemerkt geblieben ist. Ich bitte den Schluß der ersten Note S. 37 statt Hoc quidem bis zu Ende so zu lesen: Revera nulla est differentia inter locationem ususfructus et eius venditionem, nisi, ut ibi pretium annuis pensionibus, hic universum simul quasi merces solvatur. Das Uebrige ist zu tilgen.

112) fr. 12 §. 2 De usufr. 7, 1.

113) fr. 11 §. 2 De pignor. 20, 1; fr. 8 pr. D. quib. mod. pignus. 20, 6.

114) Wenn der Pfandinhaber des ususfructus ein subpignus an denselben bestellt.

115) Nicht ohne alle Ausnahme ist daher die Regel, daß beim pignus auf den Empfänger stets possessio übertragen werde, da nämlich auch

Bei der quasipossessio iſt alſo die Beziehung auf Uſukapion gar nicht nothwendig. Sie berechtigt, wenn ſie allein daſteht, nur zu Interdikten [116]), allein ſie kann, wenn die übrigen, noch dazu nöthigen, Vorausſetzungen vorhanden ſind, als longa und diuturna quasipossessio auch zur Uſukapion führen [117]).

---

an Servituten ein Pfandrecht errichtet werden kann. Da die iuris possessio, wenn ſie nur Interdikte zur Folge hat, quasipossessio genannt wird, ſo bedarf es, wie wir bei den Interdikten im pr. I. de interd. 4, 15 die Bemerkung finden, daß ſie ſich auf possessio und quasipossessio beziehn, auch hier der Erinnerung, daß bei der durch pignus conſtituirten Verpfändung einer Servitut auf den Pfandnehmer nur quasipossessio übertragen werde, gleichviel ob der Pfandbeſteller wirkliche possessio iuris oder nur quasi possessio gehabt hat.

116) pr. I. de interdictis 4, 15.

117) fr. 10 pr. D. si servitus vindicetur 8, 5.

Neunte Abhandlung.

Beitrag zur Lehre von den duplicia interdicta.

Es ist eine jetzt allgemein vorgetragene Lehre [1]), daß von den Interdikten nur die retinendae possessionis interdicta, das uti possidetis und das utrubi interdictum, duplicia iudicia sind. Diese Lehre streitet offenbar gegen die letzten Worte von fr. 2 §. 3 De interdictis 43, 1: Sunt interdicta, ut diximus, duplicia, tam reciperandae quam apiscendae possessionis. Accursius hatte diese Worte so verstanden, als ob unter dem Ausdrucke duplicia interdicta auch solche Interdikte begriffen wären, welche gleichzeitig recuperandae und adipiscendae possessionis seyn, was aber schon Cujacius und Janus a Costa mit Recht verworfen, allein Baudoza und Vinnius doch noch in Beziehung auf das Interdikt: ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est [2]),

1) z. B. von Günther Principia §. 272; Valett Pandekten §. 149; Schweppe Pandekten §. 175; Hefftter Institutionen des Civilprozesses S. 398 № 6.

2) fr. 1 §. 3 D. ne vis fiat ei. 43, 4.

gebilligt haben. Seit Cujacius [3]) aber ist es eine gangbar gewordene Behauptung, daß die angeführten Textesworte corrumpirt, und am richtigsten wegzustreichen seyn. Nichts desto weniger fehlen diese Worte in keiner einzigen Digesten-Handschrift, selbst nicht im Vakarius, und der Vorschlag von Cujacius die Worte als fugitiva zu dem nächstfolgenden Fragmente zu ziehn, giebt, wie schon Costa bemerkt hat, wenn er befolgt wird, für dieses Fragment einen falschen Sinn [5]). Die äussere Autorität spricht also durchaus für die Beibehaltung dieser Worte, und es mußten daher gewiß äusserst wichtige innere Gründe dahin wirken, daß ein Cujacius sie verwarf. Sehn wir aber uns nach diesen um, so bestehn sie nur in Folgendem. Ueberall, wo die Interdicta duplicia genannt werden, finden wir als Belage für ihre Existenz gewöhnlich das uti possidetis [6]), häufig auch zugleich das

---

3) Observationum lib. IV. obs. 11.

4) z. B. von Janus a Costa zum §. 7 I. 4, 15; von Giphanius zum §. 2 I. 4, 15; doch ist Otto zum §. 7 I. 4, 15 noch der Ansicht von Accursius.

5) Costa selbst schlägt vor, hinter duplicia, simplicia einzuschalten; was allerdings, wenn einmal geändert werden soll, leicht und sinnreich erscheint, und daher auch an Schulting (Notae ad Digesta ed. *Smallenburg* T. VI. p. 528) einen Vertheidiger erhalten hat. Nur müßten dann, um den Satz vollends abzurunden, die Worte sunt interdicta, die schon dreimal in diesem Paragraphen vorkommen, wegfallen, so daß es dann hieße: Retinendae possessionis, (ut) uti possidetis, sunt interdicta, ut diximus, duplicia; simplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis.

6) fr. 2 pr. De interd. 43, 1; fr. 3 §. 1 D. uti poss. 43, 17.

utrubi interdictum [7]), ſonſt kein anderes angegeben. Hieraus wurde nun eine Beſchränkung der duplicia interdicta auf dieſe beiden Interdikte gefolgert, die ſelbſt durch Auffindung des Gajus, wo im §. 160 des vierten Buches ebenfalls nur die beiden genannten Interdikte als duplicia aufgeſtellt werden, ihre Beſtätigung zu finden ſchien. Nur daß mußte zugegeben werden, daß auch das de superficiebus interdictum hierher zu zählen ſey, da es Ulpian ſelbſt geradezu für ein duplex erklärt [8]). Höchſtens wurde daher der Satz eingeräumt, alle retinendae possessionis interdicta ſeyen duplicia, wie es alle divisoria iudicia ſind, die übrigen Interdikte aber nicht; auf jeden Fall alſo ſeyen die Schlußworte tam recuperandae quam apiscendae possessionis a. a. O. zu ſtreichen.

Ich will in dieſem Aufſatze nur den Verſuch aufſtellen, aus dem bisherigen Stande der Quellen nachzuweiſen, daß ſich dieſe Aeußerung von Paulus wenigſtens in Beziehung auf die adipiscendae possessionis interdicta vollkommen rechtfertigen laſſe, und ſollte mir dieß gelingen, ſo will ich es dahin geſtellt ſein laſſen, ob nicht vielleicht ein Anderer mit dem Beweiſe, die recuperandae possessionis interdicta könnten auch bisweilen duplicia ſein, eben ſo glücklich ſein wird [9]).

---

7) §. 7 I. de interd. 4, 15; mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est: utputa... interdictum uti possidetis, utrubi fr, 37 §. 1 De O. et A. 44, 7.

8) Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis fr. 1 §. 2 De superfic. 43, 18.

9) Nur müßte er es auf beſſerm Wege verſuchen als Faber, Coniecturae II, 18, welcher das Interdikt de vi zu den duplicia interdicta zählt, in dem Falle, wenn ich aus dem Beſitze vertrieben, augenblicklich meinen Gegner wieder vertreibe, gegen die deutlichen Worte des

Faſſen wir nun zuerſt die Stellen ins Auge, in welchen, nach dem Obigen, die Mehrzahl unſerer Juriſten eine vollſtändige Aufzählung aller duplicia oder mixta interdicta gefunden zu haben glauben fr. 37 §. 1 De O. et A. 44, 7, und §. 8 I de interd. 4, 15 (Gaius IV, 160), ſo heißt es in der erſten Stelle ſo: mixtae sunt actiones, utputa finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi. Da nun das Wort utputa bekanntlich zum Beiſpiele bedeutet, ſo konnte mit den drei genannten ordinariae actiones und den zwei extraordinariae actiones [10]) unmöglich Ulpian eine vollſtändige Beiſpielſammlung aller duplicia iudicia gegeben haben. Gerade ſo heißt es gleichlautend in Juſtinians und Gajus Inſtitutionen, duplicia sunt, veluti uti possidetis interdictum et utrubi. Auch hier ſind alſo in den beiden Interdikten nur Beiſpiele von duplicia interdicta gegeben, und es muß daher noch andere duplicia interdicta geben, welche nicht retinendae possessionis ſind. Denn der Einwand, der Juriſt habe

---

fr. 17 De vi 43, 16. Eben ſo iſt ſein Verſuch, das Salvianum interdictum als duplex nachzuweiſen, gewiß gänzlich mißlungen zu nennen.

10) Dieſe Eintheilung wird mit Unrecht in mehreren Compendien übergangen, indem zu den actiones im engern Sinne gewöhnlich auch die Interdikte, und zwar zu den in rem actiones gezählt werden (z. B. bei Mackeldey Lehrbuch §. 195), ungeachtet fr 1. §. 3 De interdictis 43, 1 ſie wohl eher zu den perſönlichen zu zählen berechtigt. Jedoch da ſie in fr. 68 De rei vind. 6, 1 (sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam) ſowohl jenen als dieſen entgegengeſtellt werden, und in der Titelrubrik der Digeſten (43, 1) extraordinariae actiones genannt werden, ſo iſt es paſſender nur die ordinariae actiones in die in rem und in personam zu ſondern, und als zweite Gattung der Klagen die extraordinariae actiones oder die interdicta aufzuſtellen.

dabei auch an das de superficiebus oder de aqua [11]) interdictum gedacht, kann wohl nicht ernstlich gemacht werden, da die dort genannten beiden Interdikte gerade so die Repräsentanten für alle possessorischen Interdikte sind, wie die vindicatio für die publiciana. Verbinden wir nun damit die im Eingange vorgebrachten Worte von Paulus, auf deren Rechtfertigung wir ausgehn, so ist es mit denselben so klar als möglich ausgesprochen, daß die duplicia interdicta nicht bloß auf die retinendae possessionis interdicta beschränkt sind, sondern alle possessorischen Interdikte im weitern Sinne umfassen. Daß auch einige nicht possessorische, einige prohibitorische, Interdikte duplicia sind, wird so deutlich in den Quellen gesagt [12]), daß es nie geleugnet werden konnte [13]). Auch scheint dieser Umstand, daß gerade eine so große Zahl prohibitorischer Interdikte [14]), also der Interdikte im engern Sinne, im Gegensatze der decreta [15]), duplicia sind, dafür zu sprechen, daß die Natur eines mixtum iudicium sehr gut mit dem Wesen der Interdikte überhaupt vereinbar sey. Es kommt daher nur darauf an, einen Fall aufzustellen, wo, wie gesagt, ein adipiscendae possessionis interdictum ein duplex iudicium sein könne. Wir wählen dazu das quorum bonorum interdictum, theils weil es das bedeutendste unter die-

11) fr. 1 §. 26 De aqua quotidiana 43, 20.

12) §. 7 I. de interd. 4, 15 Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Gaius IV, 158.

13) Hugo Zehnte Rechtsgeschichte S. 610 Z. 20, 21.

14) Es gehören dahin alle im siebenten, neunten, eilften, funfzehnten und acht und zwanzigsten Titel des drei und vierzigsten Buches genannten Interdikte.

15) Gaius I. IV, 140.

sen Interdikten sowohl nach älterm als nach neuerm Rechte ist, und ein Fall, wie er sich bei diesem Interdikte findet, auch bei dem quod legatorum interdictum vorkommen kann, theils weil sich für dieses Interdikt die passendste Analogie in den durch verschiedene Zusätze von einander unterschiedenen hereditatis petitiones findet; weshalb wir, was die Quellen über diese Klagen aussprechen, auf das quorum bonorum interdictum analog anwenden dürfen [16]).

Vor Allem ist es nothwendig, daß wir uns eine Mehrzahl von Competenten denken, welche beim Prätor die bonorum possessio agnoscirt haben. Hier wird nun Jedem, gesetzt sie wären Alle gleich nahe Verwandte des Erblassers, das quorum bonorum interdictum gegeben werden. Hat Keiner von ihnen Erbschaftssachen im Besitz, so wird natürlich Jeder von ihnen das Interdikt zur Erlangung des Besitzes gegen die in fr. 1 pr. D, quor. bon. 43, 2 genannten Personen anstellen. Ist hier nun aber dem einen prätorischen Erben A. es gelungen, die Erbschaftssachen von einigen Besitzern zu erlangen, und dem prätorischen Erben B. von den übrigen Besitzern sich den Besitz der Erbschaftssachen zu verschaffen, so können nun zwei Fälle eintreten. Entweder A. und B. sind mit dem, was sie auf solche Weise erlangt haben, zufrieden, oder nicht [17]). Wir haben nur den letztern Fall zu betrachten. Gesetzt Jeder von Beiden, A. sowohl als B., glaubt sich durch den Andern in seinem Erbtheile verletzt, so kann Jeder das quorum bonorum interdictum auch gegen den Andern anstellen. Zwar wird in den Worten des Interdikts unter den möglichen Be-

16) Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 24.

17) arg. fr. 8 D. si pars hered. 5, 4.

klagten nicht der bonorum possessor genannt; allein da das Interdikt gegen den Civilerben geht, um wieviel mehr mußte es gegen den prätorischen Erben zustehn? Tritt daher nun A. gegen B. mit dem Interdikte auf, so wird dieser wenigstens den Anspruch auf das Ganze leugnen, und dasselbe wird geschehn, wenn B. gegen A. klagt. Beide können als Kläger auftreten; Beide sind zugleich Beklagte; Jeder von ihnen konnte warten, bis gegen ihnen das Interdikt erhoben wurde, und dann seine Ansprüche per exceptionem geltend machen. Beide haben daher während des Prozesses gleiche Rechte, und Jeder sowohl A. als B. werden hier nicht bloß condemnirt werden können, sondern wirklich condemnirt werden müssen [18]). Ja dasselbe wird eintreten, wenn sie sich gegenseitig als Miterben anerkennen, und sich daher nicht die ganze Erbschaft streitig machen, sondern nur jeder den Mitbesitz in Anspruch nimmt.

Folgende Beispiele aus dem Digestentitel si pars hereditatis petatur 5, 4 mögen genügen, um die praktische Anwendbarkeit der hier aufgestellten Fälle nachzuweisen. Denn was von dieser hereditatis petitio gilt, findet ja gleiche Anwendung bei der possessoria hereditatis petitio [19]), und diese fällt wiederum im neuesten Römischen Rechte mit unserm Interdikte zusammen [20]).

Erstens fr. 1 §. 2 D. si pars hered. 5, 4 [21]). Hier wird am Ende des Paragraphen ein für unsern Gegenstand

18) Savigny Besitz S. 433 ff.

19) fr. 2 De poss. her. pet. 5, 5.

20) Savigny in der genannten Zeitschrift Bd. 5 S. 24.

21) Et si possessor et petitor possideant hereditatem, cum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi adserat, invicem petere debebunt, aut partes rerum consequantur; aut si controver-

passender Fall berücksichtigt. A. hat schon entweder durch das gegen dritte Personen angestellte Interdict quorum bonorum, oder auf andere Weise soviel in Händen, als die Größe seines Antheils beträgt, während die übrigen Erbschaftssachen sich im Besitze des B. befinden. Bestreiten sich nun die Partheyen gegenseitig ihre Rechte, so soll dieß durch die partiaria hereditatis petitio entschieden werden. Ebenso gut ließe sich aber auch das quorum bonorum interdictum anstellen, und es würde hier die Natur eines duplex iudicium annehmen.

Zweitens fr. 1 §. 4 D. eod. [22]). Ulpian erörtert hier ungefähr folgenden Fall. A. wird als Erbe auf die Hälfte angesehn, und befindet sich auch schon im ausschließlichen Besitz gewisser Erbschaftsobjecte, deren Werth aber nur ein Drittel der Erbschaft beträgt. Die übrigen zur Erbschaft gehörigen Sachen besitzt der Miterbe B. A soll nun hier zwar gegen B. klagen und verlangen dürfen, daß er zum Mitbesitz auf die Hälfte zugelassen werde; allein da auch B. als Universalsuccessor gegen A. hätte klagen können, so kann er gewiß excipiren, daß nur unter der Bedingung, wenn A. ihm

---

siam sibi non faciunt hereditatis, familiae herciscundae experiri eos oportebit.

22) Item si, cum me ex parte dimidia heredem dicerem, trientem hereditatis possiderem, deinde residuum sextantem velim persequi, qualiter agam, videamus. Et Labeo scribit, utique partem dimidiam me petere debere a singulis: sic fieri, ut a singulis sextantem consequar, et habebo bessem, quod verum puto; sed ipse tenebor ad restitutionem sextantis ex triente, quem possidebam; et ideo officio iudicis invicem compensatio erit admittenda eius, quod possideo, si forte coheredes sint, a quibus hereditatem peto.

ebenfalls zu gleichen Theilen den Mitbesitz an den von ihm besessenen Erbschaftssachen einräume, er seine Besitzungen herausgebe. Hier wird nun A. condemnirt werden, ein Sechstel der Erbschaft, B. ein Drittel davon herauszugeben, und es zeigt sich auch hier, im Falle, daß das quorum bonorum interdictum angestellt wird, dessen Natur als duplex iudicium.

Drittens fr. 1 §. 5 D. eod. [23]). Hier liegt folgender Fall vor. Es sind mehrere Miterben, die in Gemeinschaft pro indiviso die Erbschaft besitzen. Sie sind aber uneinig wegen der Größe der ihnen zukommenden Antheile. In diesem Falle erlaubt der Prätor, daß derjenige, welcher auf einen größern Antheil Anspruch macht, als er besitzt, darauf klagen könne, daß er zu diesem größern Antheile als Mitbesitzer anerkannt werde, also die übrigen Miterben ihm einen Theil von dem, was sie besitzen, abtreten [24]). Das Vortheilhaftere noch zur Zeit des Gajus, das Interdict anzustellen, als die partiaria hereditatis petitio, bestand darin, daß beim Interdict die vindiciae secundum eum qui possidebat gegeben wurden, hingegen bei der actio der Prätor die Wahl hatte, wem er wollte, den Besitz einstweilig zuzuerkennen [25]).

---

23) Interdum Praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget, idoneis causis intervenientibus; utputa est defuncti fratris filius, sunt et uxores fratrum defunctorum praegnantes; quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est. Aequissimum igitur est, incertae partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicunque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi.

24) fr. 2 D. si pars hered. pet. 5, 4.

25) arg. Gaius IV, 16; vergl. Hugo Rechtsgeschichte S. 275, 276; S. 554 Note 4 a. E.

Aehnliches läßt sich mit leichter Mühe auch beim quod legatorum interdictum nachweisen. Gesetzt es wäre zweien Erben ein Prälegat, z. B. eine Bibliothek, hinterlassen [26]), und jeder von Beiden hätte sich schon in den Besitz einiger zu dieser Bibliothek gehöriger Bücher gesetzt, jedoch so, daß Beide sich in ihren zu erhaltenden Portionen gekränkt glaubten, so kann Jeder hier gegen den Andern das quod legatorum interdictum anstellen [27]), und es wird hier, da Beide nicht das Ganze herausgeben dürfen, durch gegenseitige Condemnation zum Austausch einzelner Bände die Natur dieses Interdicts als duplex iudicium hervorleuchten.

Somit glaube ich, die Aeußerung des Paulus in Beziehung auf die adipiscendae possessionis interdicta gerettet zu haben, und sehe keinen Grund ein, die bestrittenen Worte in fr. 2 §. 3 De interdictis 43, 1 Sunt interdicta, ut diximus, duplicia, (tam recuperandae quam) adipiscendae possessionis für verwerflich zu halten.

---

26) In fr. 34 §. 12 De legatis I ist ein ähnliches Prälegat erwähnt.

27) fr. 1 §. 6 D. quod legatorum 43, 3.

Zehnte Abhandlung.

Ueber die sogenannte commixtio und confusio.

In allen Compendien lesen wir die Behauptung, daß die confusio die Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter, die commixtio die Vermengung fester, trockener Körper bedeute [1]). Allein an der Richtigkeit dieser Theorie entstehen Zweifel, wenn man in fr. 5 pr. De rei vind. 6, 1 vom frumentum duorum non voluntate eorum **confusum** liest, und im

1) Thibaut System §. 599; Günther principia §. 592; Westphal Arten der Sachen §. 459 S. 364 ff.; Koppak Institutionen §. 226, 230; Gesterding Lehre vom Eigenthum §. 36 und 37; Weniug Lehrbuch B. II §. 58; Mackeldey Heutiges Römisches Recht §. 251, 252; Seuffert Pandekten §. 146; Schweppe Lehrbuch §. 261 und §. 264; Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 271.

§. 1 desselben Fragmentes vom plumbum cum argento mixtum, und vom aes et aurum mixtum; wo also zuerst von trocknen, festen Materien der Ausdruck confundere, sodann von flüssig gemachten Stoffen miscere gebraucht wird. Leicht könnte dagegen der Einwand aufgestellt werden, daß beide Stellen Worte von Pomponius seyen [2]), derselbe auch in fr. 3 §. 2 dieses Titels sich der Redensart, si quid, quod eiusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum bedient, und daß dieser Jurist vielleicht ganz allein jene Scheidung der Begriffe noch nicht anerkannt habe. Aber eben so leicht scheint auch dieser Einwand sich beseitigen zu lassen. Zwar ist es wahrscheinlich, daß in jenem Fragmente diese Ausdrücke von Pomponius herrühren, allein Ulpian, ein bedeutend späterer Jurist, führt sie an, und würde, wenn zu seiner Zeit eine andere Theorie gegolten hätte, gewiß entweder diese Aenderung bemerkt, oder die Ausdrücke des Pomponius nach der damals herrschenden Bedeutung der Wörter umgeformt haben. Dieß ist aber nicht geschehn, und wir können darnach dreist annehmen, daß die Ansicht Ulpians über die Bedeutung von confundere und commiscere noch dieselbe als die des Pomponius war. Kommt nun noch hinzu, daß auch Gajus [3]) sich des Ausdruckes vina miscuerint (also miscere von flüssigen Sachen) bedient, so müßten wir, wenn nicht andere Stellen [4]) für die gewöhnliche Theorie sprächen,

2) fr. 5 pr. Idem Pomponius scribit . . . §. 1 D. cit. Idem scribit . . .

3) fr. 7 §. 8 De adq. rer. dom. 41, 1.

4) fr. 23 §. 5 De rei vind. 6, 1; fr. 4 D. eod.; §. 28 I. de rerum div. 2, 1; fr. 78 De solution 46, 3.

faſt die gerade entgegengeſetzte, als die gewöhnlich für die confusio und commixtio behauptete, annehmen. Allein namentlich aus einer ſolchen Zuſammenſtellung wie in fr. 3 §. 2 D. cit. si quid ita confusum est atque commixtum geht wohl auf das Deutlichſte hervor, daß die claſſiſchen Juriſten beide Ausdrücke identiſch, und daher auch einen zur Verſtändigung oder Verſtärkung des andern gebraucht haben. Sollte ſich nun aber wohl ſeit Ulpian bis Juſtinian die juriſtiſche Kunſtſprache geändert haben? Sehr glaublich iſt dieß an und für ſich nicht, und wird es dadurch noch weniger, daß die angeführten Stellen ja in einem Rechtsbuche Juſtinians ſtehn, Doch aber wäre noch immer eine ſolche Veränderung möglicher Weiſe anzunehmen, wenn nur Juſtinian an einem Orte — und wir würden dazu den paſſendſten die Inſtitutionen finden — ſich über die veränderte Bedeutung der beiden in Frage ſtehenden Worte ausgelaſſen hätte. Allein eine ſolche ausdrückliche Erklärung finden wir nicht; im Gegentheil ſpricht wohl, wenn wir auch jene angeführten Fragmente der Digeſten übergehn, für die Beibehaltung des herkömmlichen juriſtiſchen Begriffes beider Ausdrücke, d. h. ihrer Gleichſtellung Folgendes.

Vergleichen wir die §§. 27 und 28 I. de div. rer. 2, 1, den Sitz dieſer Lehre in den Inſtitutionen, mit fr. 7 §. 8 und 9 De adq. rer. dom. 41, 1, dem Sitze der Lehre in den Digeſten, ſo zeigt ſich offenbar ein ganz gleichmäßig fortſchreitender Ideengang zwiſchen dem Inhalte des §. 27 der Inſtitutionen und dem des §. 8 und 9 der Digeſten. Nur iſt die Aehnlichkeit in den Worten nicht ſo bedeutend, daß wir auch die Inſtitutionenſtelle aus Gajus res quotidianae geſchöpft halten könnten [5]; denn theils iſt der Paragraph weitläufti-

5) Vergl. Hugo Civiliſtiſches Magazin Bd. VI Heft 2 S. 240, 241, 257.

ger als die beiden Digestenparagraphen, theils enthält der §. 28 einen langen Zusatz der bei Gajus fehlt. Vielleicht sind Marcians oder Florentins Institutionen hier Vorbild gewesen, wiewohl wir uns nicht dagegen erklären wollten, wenn Jemand hier den Gajus von Marcian oder Florentin benutzt nennen möchte. Nun aber werden folgende Grundsätze aufgestellt;

in den Institutionen; Si duorum materiae ex voluntate dominorum c o n f u s a e sint, totum id corpus, quod ex c o n f u s i o n e fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua c o n f u d e r i n t, aut massas argenti vel auri [6]) conflaverint;

in den Digesten: Voluntas duorum dominorum m i s c e n t i u m materias, commune totum corpus efficit, sive eiusdem generis sint materiae, veluti vina m i s c u e r u n t, vel argentum conflaverunt,

ferner in den Institutionen: Sed et si diversae materiae sint, et ob id [7]) propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem iuris est,

eben so in den Digesten: sive diversae: veluti si alius vinum contulerit, alius mel, vel alius aurum, alius argentum; quamvis et mulsi et electri, novi corporis fit species.

endlich in den Institutionen: Quod si fortuitu, et non voluntate dominorum c o n f u s a e fuerint, vel di-

6) d. h. nicht, wenn Einer Silber, der Andere Gold hingiebt, sondern wie dieß aus der Vergleichung der Digesten deutlich hervorgeht, wenn entweder Beide Silber oder Beide Gold hingeben.

7) Justinian oder Theophilus ist der Meinung, daß bei der Vermischung verschiedener Materien stets eine neue Species erzeugt werde, eine Ansicht, die in sehr vielen Fällen nicht vertheidigt werden kann.

versae materiae, vel quae eiusdem generis sunt idem iuris esse placuit.

und in den Digesten: Sed etsi sine voluntate dominorum casu **confusae** sunt duorum materiae, vel eiusdem generis, vel diversae, idem iuris est.

Ganz unbestreitbar ist es daher, daß hier vollkommen gleiche allgemeine Grundsätze aufgestellt werden sollen, und doch wird von dem in den Institutionen benutzten Juristen beide Male confundere gebraucht, während der in den Digesten benutzte Jurist das erste Mal von miscentes domini handelt, und von ihnen sagt vina miscuerunt.

Darum glauben wir, wenn wir nicht die Compilatoren der höchsten Nachlässigkeit zeihen wollen, daß beide Ausdrücke confundere und commiscere von flüssigen und trocknen Sachen ganz beliebig jederzeit im Römischen Rechte gebraucht sind, und daher auch jetzt gebraucht werden können, und daß ferner sowohl die Zeitwörter commiscere und confundere, als auch ihre Hauptwörter (von denen wohl commixtio nicht vorkommt) hier [8]) gar keine Kunstausdrücke sind. Wären sie nämlich dergleichen gewesen, so würde Theophilus in seiner Paraphrase sicher sie beibehalten haben.

Nachdem nun auf solche Weise die gewöhnliche Meinung, welche die Begriffe der confusio und commixtio trennt, widerlegt zu sein scheint, und die Ansicht, daß beide Ausdrücke eben so gut für trockne als für flüssige Stoffe gebraucht werden, plausibel zu machen versucht ist, würden wir es auch sehr natürlich finden, wenn für jede Art der Vermischung

8) Anders ist es bei der Vereinigung des beschränkten Eigenthums und des beschränkenden ius in re, und bei der Vereinigung des Berechtigten und Verpflichteten in einer obligatio.

dieselben Regeln gälten. Allein eine solche Identität der Regeln ist nicht zuzugestehn. Freilich wenn wir nur Justinians Institutionen und Digesten hätten, möchte sich eine solche Ansicht vertheidigen lassen, zumal wenn der in der fünften Ausgabe des Institutionen-Commentars von Hotoman gemachte Vorschlag, am Schlusse des citirten §. 27 statt idem iuris esse placuit, non idem u. s. w. zu lesen, angenommen würde. Allein wiewohl sich dieser Vorschlag auf eine Handschrift des Theophilus stützt, so haben doch Fabrotus und Reitz diese Negation ebenfalls nach Handschriften, und gewiß mit dem größten Rechte, nicht aufgenommen. Denn es findet sich eine Stelle bei Theophilus, welche auf das Ueberzeugendste jeden Versuch, eine solche Gleichstellung aller Regeln über Vermischung aus den Quellen heraus, oder richtiger, in dieselben hinein interpretiren zu wollen, abweist. Dieß ist das pr. I. 2, 2. Hier handelt Theophilus von den verschiedenen naturalen Erwerbarten des Eigenthums, und sagt nach der Uebersetzung von Reitz Unter № 10 folgendes: duorum quorundam materias easdem vel diversas etiam, voluntate dominorum vel etiam fortuitu misceri, aut diversorum quoque dominorum frumenti acervos voluntate ipsorum misceri; non item, si voluntate unius, vel fortuito etiam hoc accidit. Ganz deutlich wird hier die Vermengung von Getreide von der Vermischung der übrigen Stoffe in den juristischen Wirkungen unterschieden, und auf solche Weise auch die Sonderung des Getreides im §. 28 I. de divis. rer. 2, 1 [9]) von den übrigen im §. 27 genannten

9) Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est, singula grana, quae cuiusque propria fuerunt, ex consensu

Sachen bewiesen und gerechtfertigt. Da sich nun aber keine nach der körperlichen, trockenen oder flüssigen Beschaffenheit der verbundenen Stoffe gemachte Verschiedenheit rechtfertigen läßt, so möchte sich eher eine aus dem Resultate hergenommene Verschiedenheit der Vereinigung durchführen lassen. Der angeführte §. 28, so wie das fr. 23 §. 5 De rei vind. 6, 1 [10]) deuten nämlich darauf hin, daß zur Eigenthumsübertragung, zur Erzeugung eines condominii, es als wesentlich angesehn werden müsse, daß die einzelnen Körper eine Aenderung ihrer Substanz nach erleiden, und daß hier also eine gänzliche Durchdringung ihrer Substanzen vorkomme. (Ein Fall, bei welchem die Römer sich gewöhnlich des Ausdrucks confundere bedienen). Wo hingegen eine Vermengung nur in der Art

---

vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant; nec magis istis casibus commune sit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint.

10) ... Dicit enim (Cassius) si statuae suae ferruminationi iunctum bracchium sit, unitate maioris partis consumi; et quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem: ut singuli homines, singulae oves; ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus; sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret, nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris; non posse dici bracchium tuum esse: quia tota statua uno spiritu continetur. Vergl. fr. 19 pr. D. comm. div. 10, 3.

Statt findet, daß die Stoffe nicht in einander übergehn, sich also in ihrer Beschaffenheit und Selbstständigkeit nicht ändern, wie bei vermischten Getreiden, da bleibt das Eigenthum unverändert. Denn da hier alle Kennzeichen einer innigen Vereinigung mangeln, so kann die Anstellung der rei vindicatio nie absolut ausgeschlossen, sondern nur auf eine Zeit suspendirt werden, bis daß entweder Vertrag oder richterliche Entscheidung das Quantum des Eigenthumes jedes Einzelnen fixiren [11]).

Nach den bisher mitgetheilten Institutionenstellen ist es leicht, die Regeln zu abstrahiren, welche für die Vermischung gelten. Geht die Vermischung, sei sie von welcher Art sie wolle, von dem Willen beider Interessenten aus, so hängt hier Alles von ihrer Uebereinkunft ab. Miteigenthum wird hier freilich fast [12]) immer entstehn; allein die Größe desselben von beiden Seiten hängt von den Bestimmungen in dem deshalb geschlossenen Vertrage ab. Ist Nichts abgemacht, so wird natürlich der Werth der einzelnen Stoffe die Größe des Antheils eines jeden Eigenthümers bestimmen. Entsteht hingegen die Vermischung zufällig oder einseitig, so entsteht Miteigenthum, wenn die Stoffe sich gegenseitig durchdringen, sich in einander auflösen und ihre Erkennbarkeit verlieren; findet aber keine solche Vereinigung Statt, so bleibt, mag die Vermischung einseitig oder zufällig vorgenommen werden, Jedem das Seine, ohne daß in dem Eigenthume Beider

11) §. 28 I. de rer. div. 2, 1 i. f. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio, pro modo frumenti cuiusque competit, arbitrio autem iudicis continetur, ut ipse aestimet, quale cuiusque frumentum fuerit. Aehnliches scheint auch die Ansicht Günthers principia §. 592 zu sein.

12) Denn bei einer Schenkung erhält ja der Beschenkte Alles.

unmittelbar durch diese Vermischung etwas geändert würde. Hier muß erst eine Vereinigung der Contrahenten, oder, wann diese unmöglich [13]) wird, der Richterspruch neue Rechte begründen [14]). Entsteht aber im Falle, daß die Vermischung einseitig geschah, eine neue Species, gleichviel ob auf ihre früheren Bestandtheile zurückführbar oder nicht, so wird das Eigenthum am Ganzen dem Hervorbringer dieser neuen Species zufallen. Zwar wird ein solcher Fall, daß eine neue Species entsteht, nur bei flüssigen Sachen behauptet. Wenn

---

13) Die Regel, welche Mackeldey (Lehrbuch §. 251 bei Gelegenheit der commixtio) dahin angiebt: »Wenn diese Absonderung aber mit großen Schwierigkeiten verbunden ist (si separatio difficilis sit *Guenther* a. a. O.), so muß derjenige, der das Ganze behält, insoweit er dadurch reicher wird, den Andern entschädigen,« ist theils in ihren Voraussetzungen zu enge, theils in ihrem Resultate unrichtig. Denn er stellt die Sache so dar, als wäre die Absonderung immer möglich, und nur bisweilen schwierig. Sind aber z. B. ein Paar Scheffel weißen Weizens, die verschiedenen Herrn gehörten, zusammengeschüttet, so ist die Absonderung geradezu unmöglich. Die Worte: »der das Ganze behält« scheinen in genauer Beziehung auf das si totum id frumentum retineatur in dem von ihnen citirten §. 28 I. 2, 1 zu stehn. Allein das retinere bedeutet hier nicht: behalten, sondern: ein Retentionsrecht an dem Ganzen ausüben. Denn dem Beeinträchtigten steht die Eigenthumsklage oder die communi dividundo actio gegen den Retinirenden zu, und dieser darf nicht das Ganze behalten, sondern nur soviel, als ihm nach Menge und Güte seines in der Mischung sich befindenden Stoffes gebührt. Daher kann auch von einem Entschädigen, als von einem persönlichen Anspruche, nur in dem speciellen Falle die Rede sein, wenn weder der Zufall, noch die bona fides des Beklagten, sondern dessen dolus die commixtio bewirkte, um dem Kläger zu schaden.

14) Siehe die Note 11.

aber Jemand [15]) seine nicht rein gedroschenen Hafergarben zu Hackfel schneiden läßt, und fremden Hafer im guten Glauben dazustreut, so bringt derselbe eine neue Species hervor; denn es ist aus diesem Gemenge das wenigstens in Ostpreußen vorzugsweise genannte Futter entstanden. So zeigt sich denn auch hier kein Unterschied zwischen festen und flüssigen Sachen! Auch darin zeigt sich unsere Ansicht vorzüglicher als die gewöhnliche, daß die unsrige nicht ins Gedränge geräth, wenn feste und flüssige Sachen zufällig gemischt sind; indem hier die gewöhnliche Ansicht kein Prinzip hat, ob sie, wenn keine von beiden Sachen als Haupt- oder als Nebensache erscheint, diesen Fall nach den bei flüssigen, oder nach den bei festen Stoffen aufgestellten Regeln beurtheilen soll.

Will man endlich einen durchgreifenden Unterschied zwischen der Specification und der sogenannten commixtio und confusio begründen [16]), so scheint es nothwendig, die Specification auf den Fall zu beschränken, wo Jemand nur aus fremden Stoffe eine neue Species hervorbringt. Denn nur für diesen Fall stellte ja auch Justinian seine durchgreifende Regel auf [17]).

---

15) Den Fall der Vermischung zweier schon zubereiteter Schnupftabacke nicht zu gedenken.

16) Hugo Zehnte Rechtsgeschichte S. 845 Z. 1 sagt, nachdem er von der Hervorbringung einer neuen Species aus der Sache eines Andern gesprochen: Die Verbindung eigener und fremder Stoffe ist etwas ganz Anderes.

17) §. 25 I. de divisione 2, 1... placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecit.

Ferner wird auch im fr. §. 7 De adq. rer. dom. 41, 1 [18]) die Lehre von der Specification nur in Beziehung auf aliena materia eingeleitet. Endlich sprechen die Beispiele, welche sich sonst für diese Art der Erwerbung des Eigenthums finden, nur von der Verarbeitung fremder, nicht eigener und fremder, Materien [19]). Zwar wird am Schlusse des §. 25 I. de divis. rer. 2, 1, wo von der Specification gehandelt ist, auch der Fall erörtert, wenn die verarbeiteten Materien zum Theil dem die neue Species Hervorbringenden gehören, vorgetragen, allein da dieser Fall erst von Justinians Compilatoren hier mit den Worten: Quod si u. s. w. [20]) eingeschaltet ist, indem er sich bei Gajus nicht findet, und die Entscheidung desselben auch ganz anders als bei der Specification ausfällt, so kann man wohl kein Bedenken tragen, ihn von dieser zu sondern, und zu der commixtio und confusio zu zählen [21]).

---

18) Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit u. s. w.

19) fr. 12 §. 3 D. ad exhibendum 10, 4; fr. 24, fr. 26 pr. De adq. rer. dom. 41, 1. Zwar wird von Mehreren, z. B. von Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 266, Wening Lehrbuch B. II §. 39 Note f, Valett Lehrbuch §. 236 Note 82, auch fr. 5 §. 1 De rei vind. 6, 1 (si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum) hierher gezählt. Allein theils nennen eben diese Juristen dasselbe Fragment bei Gelegenheit der confusio und commixtio, theils handeln ganz unbestritten fr. 3 §. 2, fr. 4 und fr. 5 pr. desselben Titels von dieser letzten Lehre, so daß also auch der §. 1 des fr. 5 nur dahin gezählt werden muß.

20) Vergl. Hugo Siebente Encyclopädie S. 353 Note 1.

21) Mit vollem Rechte sagt deshalb Westphal (Arten der Sachen §. 461 S. 372): der §. 25 mischt in die Specification die Confusion mit ein, welches aber selbst eine Confusion und Verwirrung ist.

Eilfte Abhandlung.

Ueber die Unterbrechung der Verjährung durch litis contestatio.

Noch in den neueſten Lehrbüchern leſen wir die Behauptung, daß durch litis contestatio die Eigenthumsverjährung unterbrochen werde [1]), eine Behauptung, gegen deren Richtigkeit ſich viel einwenden läßt. Die Haltbarkeit ſolcher Einwendungen hoffen wir durch Gründe, die aus den Römiſchen Rechtsquellen entlehnt ſind, darthun zu können.

Es iſt bekannt, daß die litis contestatio wie eine Novation wirkte, alſo die beſtehende obligatio aufhob, und eine

1) Bucher Syſtem des Civilrechts §. 158; Konopak Inſtitutionen §. 258 Note d; Mackeldey Lehrbuch §. 259 Note c; Seuffert Pandekten §. 139 Note 6; Schweppe das Römiſche Privatrecht §. 254. So auch Weſtphal Arten der Sachen §§. 556. 558, deſſen Meinung Dabelow Verjährung Bd. I S. 391 Note z eine ſonderbare nennt.

neue an deren Stelle setzte [2]). Dieß war die eigentliche Bedeutung und Wirkung der litis contestatio, und aus diesem engen Zusammenhange zwischen obligatio und actio erklärt sich theils, daß sie eine solche Wirkung auf in rem actiones nicht haben konnte [3]), theils, daß die litis contestatio keinen Einfluß auf Thatsachen haben kann, weil diese nicht novirt werden können [4]). Daß daher die erlöschende Verjährung durch die litis contestatio unterbrochen wird, ist unbezweifelt, gerade so wie daß auf die Fortsetzung der Usucapion, also die Fortsetzung des Besitzes, eines Factums, die litis contestatio gar keinen Einfluß hat; was auch ganz natürlich ist, indem der Besitz ja durch eine bloße gerichtliche Handlung nicht aufgehoben werden kann. Daß für den Besitz die litis contestatio ganz gleichgiltig war, geht auch daraus hervor, daß bei den in rem actiones gar nicht auf den Besitz des Beklagten zur Zeit der litis contestatio, sondern auf den zur Zeit des Urtheils zu sehn ist, um darnach den Beklagten zu absolviren oder zu condemniren [5]).

Diese Behauptung, daß die litis contestatio die erwerbende Verjährung nicht störe, wird auch in einigen Stellen

---

2) Gaius I. III, 180, 181; IV, 106... 108. Vergl. Mayer Die litis contestatio. Erste Abtheilung Stuttgard 1830 S. 30 ff.

3) Daher, weil ein ius in re nicht Gegenstand der novatio sein konnte, finden wir die litis contestatio auch nur als Aufhebungsgrund einer obligatio bei Gaius III, 180 genannt.

4) Vergl. Keller Ueber Litis Contestation und Urtheil S. 118. Daher trat diese Wirkung der litis contestatio auch nicht bei in factum conceptae actiones ein Gaius I. IV, 106.. 108.

5) Dieß gilt bei der rei vindicatio fr. 27 §. 1 De rei vind. 6, 1, eben so bei der hereditatis petitio fr. 18 §. 1, fr. 41 pr. De her. pet. 5, 3.

so deutlich ausgesprochen, daß über deren Auslegung kein Zweifel existirt. Nur stehn die dafür sprechenden Stellen alle in den Digesten, und man hat deshalb eingewendet, sie sprächen nur von der alten Usucapio, nicht aber von der durch Justinian umgeschaffenen Ersitzung; diese müsse nun aber nach den Grundsätzen der longi temporis praescriptio beurtheilt werden, und bei dieser gälten ganz andere Grundsätze hinsichtlich der litis contestatio. Gesetzt nun aber wir gäben zu, daß bei der erwerbenden Verjährung des neuesten Römischen Rechts hierin gerade das Vorbild der praescriptio und nicht der usucapio gelte (ungeachtet wir von der entgegengesetzten Ansicht überzeugt sind [6]), so glauben wir dennoch, daß auch dieß Zugeständniß der Gegenpartei keinen Vortheil bringen kann, indem wir beweisen zu können glauben, daß hinsichtlich der litis contestatio dieselben Grundsätze für die longi temporis praescriptio als für die usucapio galten.

Für die usucapio gelten in Betreff der litis contestatio zwei Sätze:

1) durch die litis contestatio bei einer Eigenthumsklage wird die Usucapio nicht unterbrochen [7]), und

---

6) Vergl. *Daniels* de usucapione et praescriptione adversus pupillos atque minores. Bonnae 1827. 8. Cap. VII.

7) fr. 17 §. 1... post litem contestatam usucepit possessor; fr. 18 Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit De rei vind. 6, 1; fr. 2 §. 21.. non interpellari usucapionem meam litis contestatione D. pro emtore 41, 4; fr. 2... etiamsi iudicium ediderit, remque coeperit vindicare, curret usucapio D. pro donato 41, 6; Vaticana fragmenta ex emto p. 2 l. 10 (§. 12) usucapio frustra complebitur anticipata lite.

2) bei der Eigenthumsklage schadet die vom Beklagten nach der litis contestatio vollendete usucapio dem vindicirenden Kläger durchaus nicht [8]).

Hält man diese beiden Grundsätze zusammen, so geht daraus hervor, daß formell oder factisch die litis contestatio den Lauf der usucapio gar nicht hemmte, materiell aber oder juristisch der Wirkung nach, wenn es zum condemnatorischen Urtheil kam, dasselbe Resultat hervortrat, als wenn auch formell die litis contestatio den Lauf der usucapio gehemmt hätte.

Vergleichen wir nun mit diesen Aussprüchen der Quellen nach der Reihe diejenigen Citate, welche die Gegner anführen, um ihre Ansicht über die longi temporis possessio zu vertheidigen, so werden wir gerade in ihnen leicht die Uebereinstimmung der Grundsätze über die Einwirkung der litis contestatio auf die angefangene usucapio und die longi temporis praescriptio erkennen. Vorerst aber müssen wir darauf aufmerksam machen, daß theils es keine einzige Hauptstelle giebt, welche von Allen citirt wird, theils daß ein Paar Stellen, welche wir bei dem Einen und dem Andern für jene Ansicht angeführt finden, von dem Dritten als durchaus gar nicht hergehörig bezeichnet werden [9]).

---

8) Keller a. a. O. S. 173: Findet der iudex, daß der Kläger im Augenblicke der litis contestatio wirklich Eigenthümer gewesen sei, so erfolgt hiernach das Urtheil und der Restitutionsbefehl. Fr. 18 Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere. De rei vind. 6, 1; fr. 20 D. eod.... partus ancillae restitui debet... et traditio necessaria est; Vaticana fr. a. a. O. usucapio frustra conplebitur anticipata lite.

9) Die c. 26 C. de rei vind. 3, 32 nämlich, auf welche ganz allein Seuffert und Schweppe sich berufen, und die c. 10 C. de praescr.

Die c. 10 C. de praescriptione longi temporis, 7, 33 [10]), welche Wening citirt, spricht gerade für die von uns aufgestellte Ansicht, indem sie mit den deutlichsten Worten aussagt, daß durch litis contestatio die longi temporis praescriptio nicht unterbrochen, sondern auch nach der litis contestatio fortgesetzt und vollendet werde (longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa). Allein eben so deutlich ist auch der zweite für die Usukapion geltende Grundsatz, daß die nach der litis contestatio vollendete Eigenthums-Verjährung dem Kläger nicht schade, in diesem Rescripte enthalten (Nec longi ..... completa proficit). In der c. 2 desselben Titels [11]), welche Konopak anführt, kann man höchstens eine Hinweisung auf diesen zweiten, eben ausgesprochenen Grundsatz finden, wenn man mit Konopak den Ausdruck inquietudo litis für contestatio litis annimmt. Sie sagt also selbst dann, vermöge des argumenti a contrario, nur Folgendes: die longi temporis praescriptio pflegt den nicht zu schützen, dessen Verjährung erst nach erfolgter litis contestatio geendigt wird. Sie sagt also nicht: longi temporis praescriptio non complebitur litis contestatione, sondern nur frustra

---

longi 7. 33, welche Wening anführt, weist Konopak ausdrücklich als nicht hierher gehörige Beweisstellen ab.

10) Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post morem litis contestatae completa proficit, cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur.

11) Longi temporis praescriptio his, qui bona fide acceptam possessionem, et continuatam, nec interruptam inquietudine litis tenuerunt, solet patrocinari.

complebitur, im Falle nämlich, daß das Urtheil ein condemnatorisches ist. Allein diese Stelle läßt noch eine andere Erklärung zu, auf welche wir gleich näher eingehn wollen. Es ist bekannt, daß, wenn über einen Gegenstand ein Prozeß erhoben, aber nicht zu Ende geführt ist, die Verjährung dieses Gegenstandes unterbrochen ist, und jetzt nicht einmal die ordentliche Verjährung hinreicht [12]). Von einem solchen Falle scheint nun hier die Rede zu sein, indem auch der Ausdruck inquietudo litis mit der in der unten mitgetheilten c. 1 C. h. t. erwähnten inquietanda persona und dem daselbst genannten possessor inquietatus übereinstimmt.

Gerade denselben Fall aber finden wir in der von den Gegnern für ihre Meinung angeführten c. 10 C. de adq. poss. 7, 32 [13]). Denn nach der anerkannt [14]) gelungenen

12) Cum post motam et omissam quaestionem res ad nova dominia bona fide transierint, et exinde novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda, quae nunc possidet, persona: quae sicut accessione prioris domini non utitur, qui est inquietatus; ita nec impedienda est, quod ei mota controversia sit. Quod si prior possessor inquietatus est, etsi postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis praescriptione, quod etiam in republica servari oportet. c. 1 C. de longi temp. praescr. 7, 33.

13) Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae iure consistit, aliam, quae corpore; utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur: interpellatione vero et controversia progressa non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, et causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet ac dubitet.

14) Vergl. Savigny Recht des Besitzes S. 168 Note 2 Fünfte Ausgabe.

Interpretation dieser Stelle von **Cuperus** [15]) ist der Sinn dieses Rescripts folgender: Ein gewisser Maternus, gegen welchen die Verjährung eines Provincialgrundstücks und auch einer Servitut angefangen, hatte seine Gegner deshalb belangt, aber den Prozeß liegen lassen. Nachdem hatten seine Gegner von Neuem bereits zehn oder zwanzig Jahre lang den Besitz fortgesetzt, und wollten die nun angestellte Klage des Maternus durch Berufung auf die vollendete Verjährung abweisen. Hierauf wendet sich Maternus an den Kaiser, und dieser giebt ihm zur Antwort, daß, wenn einmal gegen den Besitzer geklagt sei, dieser dadurch in mala fides versetzt sei, und daher ein zehn- oder zwanzigjähriger Besitz kein Eigenthum in der Person des Besitzers begründen könne.

Wir kommen zuletzt auf c. 26 C. de rei vind. 3, 32. Deren Worte lauten so: Morae litis causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur d. h. der ganze Zeitraum, während dessen der Prozeß geführt wird (morae litis) vermag nicht die Einrede der longa possessio hervorzubringen, indem bei der Beurtheilung über die Wirksamkeit dieser Einrede nicht auf die Zeit nach geschehener litis contestatio, sondern auf die früher vergangene Zeit gesehn wird. Sollte diese Stelle für unsere Gegner beweisend sein, so müßten die letzten Worte offenbar so lauten: quae post litem contestatam non currit. Jetzt aber läßt sich aus den Worten, wie sie einmal dastehn, höchstens eine Bestätigung jenes zweiten Grundsatzes finden, daß

15) de natura possessionis lib. I cap. 4 p. 41. 56 ed. *Thibaut.*

die nach der litis contestatio vollendete Ersitzung ohne Nutzen für den Besitzer sei. Wir haben bisher in dieser Stelle morae litis für tempus durante lite transactum genommen. Dieß streitet aber gegen die Auslegung Konopaks, welcher die Stelle so versteht: War wegen einer mora der zur litis contestatio bestimmte Termin fruchtlos verstrichen, so half der nach der mora erfolgte Ablauf des sonst zur Verjährung hinlänglichen Zeitraums dem Präscribenten nicht. Und diese Ansicht hatte auch Contius, welcher die Bemerkung macht, in einer Handschrift habe er statt morae litis, morae litis contestatae gefunden; man dürfe aber diesen Zusatz nicht in den Text aufnehmen, sondern nur suppliren. Die Ursche dieser unrichtigen Interpretation der Stelle liegt ganz deutlich darin, daß man mora wie gewöhnlich, so auch hier, für gleichbedeutend mit dilatio (Verzug) annahm. Allein daß mora auch einen Zeitraum, insofern er eine Weile währt, bedeutet, und zwar häufig bedeutet, läßt sich leicht beweisen. So sagt schon Ovid dolor finitus est mora [16]); so lesen wir in den Digesten von einer paucorum dierum mora für pauci dies [17]), von einer mora temporis, quod datur indicatis [18]), und einer mora modici temporis, [19]), wo also mora temporis weiter nichts als Umschreibung von tempus ist. Ganz deutlich wird die Identität zwischen mora und tractus temporis in fr. 5 §. 1 De iure deliberandi 28, 8 ausgesprochen, indem Ulpian hier von Sachen, welche ex tractu temporis deteriores fiunt, handelt, bald darauf

16) Epp. ex Ponto lib. 4, Ep. 11. v. 13, 14.

17) fr. 24 §. 4 D. locati 19, 2.

18) fr. 51 De peculio 15, 1.

19) fr. 21 De iudiciis 5, 1.

aber dieſelben Sachen durch ea, quae mora deteriora fiant, umſchreibt. Ebenſo gehört hieher ganz vorzüglich der Ausdruck inter moras, welcher in fr. 33 De rei vind. 6, 1 wo er ganz allein vorkommt, gerade inter tempora iudicii bedeutet [20]). Endlich die Aeußerung der Kaiſer Theodoſius und Honorius: brevis mora sit (es koſtet wenig Zeit), recentibus vetustatem innovare temporibus [21]). Ebenſo aber wie ſich die Richtigkeit unſerer Anſicht hiedurch bewährt hat, ebenſo läßt ſich auch die Unrichtigkeit der von Konopak vorgeſchlagenen Erklärung der c. 26 cit. und c. 10. C. de praescr. longi 7, 33 darthun. Wie kann nämlich mit dieſer Erklärung [22]) die Mehrheit morae litis beſtehn, da doch nur von einer mora, nämlich von dem Nichterſcheinen des possessor zur litis contestatio nach ſeiner Meinung die Rede ſein konnte. Ferner iſt in dieſer Stelle von morae litis im Allgemeinen die Rede, und die Vorausſetzung, daß hier unter lis litis contestatio zu verſtehen ſei, durch Nichts begründet. Endlich aber ſcheint dazu, daß die litis contestatio aufgeſchoben ſein ſoll, nicht zu paſſen, daß zuletzt von einer praescriptio post litem contestatam die Rede iſt, da dieſer Ausdruck offenbar vorausſetzt, daß lis bereits conteſtirt geweſen ſey. Ganz daſſelbe ſcheint auch wohl aus dem Ausdrucke in c. 10 cit. post moram litis contestatae gefolgert werden zu können, der nach Analogie der eben angege-

20) Im fr. 17 De neg. gest. 3, 5 (inter moras sc. negotiorum) iſt nicht im Entfernteſten auf eine Verzögerung der Geſchäfte hingewieſen.

21) In c. 6 Theod. Cod. de testamentis 4, 4.

22) »War wegen einer mora der zur litis contestatio beſtimmte Termin fruchtlos verſtrichen, ſo half der nach der mora erfolgte Ablauf des ſonſt zur Verjährung hinlänglichen Zeitraums dem Präſcribenten nicht.«

benen Bedeutung von mora wohl nichts anders als post litem contestatam bezeichnet.

Ist nun aber theils nachgewiesen, daß die Ansicht, als werde durch die litis contestatio die longi temporis praescriptio unterbrochen, sich nicht halten läßt, theils versucht worden zu zeigen, daß der Einfluß der litis contestatio auf die longi temporis possessio ganz derselbe, als wie der auf die usucapio gewesen ist, so müssen wir die usucapio transformata Justinians, da in dieser Beziehung nicht das Mindeste von ihm geändert ist, ganz nach denselben Grundsätzen behandeln, mögen wir sie nun als longi temporis praescriptio oder als usucapio behandeln wollen, wiewohl diese letztere Ansicht unstreitig die allein richtige ist.

Man hat die Fortsetzung der Eigenthumsverjährung nach geschehener litis contestatio wohl nur darum geleugnet, weil man nach erfolgter litis contestatio alle Besitzer als malae fidei possessores ansah, und daher in ihrer Person die usucapio für unmöglich hielt [23]). Allein die Quellen enthalten nicht eine völlige Gleichstellung der Beklagten mit den Besitzern im bösen Glauben, machen sie nicht zu wirklichen malae fidei possessores, sondern stellen sie nur hinsichtlich der Verpflichtung, für die besessene Sache, als wäre sie eine fremde, zu sorgen, diesen gleich [24]). Wollte man Denjenigen, gegen welchen ein Prozeß einmal begonnen, durchaus für einen malae fidei possessor erklären, so würde das Verbot der usucapio an Sachen, die ein Besitzer im bösen

23) Dabelows Verjährung Bd. II S. 355; Günther principia §. 1219 № 3.

24) Weber Erläuterung der Pandekten Bd. II S. 278.

Glauben ohne Wiſſen des Eigenthümers veräußert [25]), ſchon das Verbot in ſich ſchließen, Sachen zu uſukapiren, über welche ein Prozeß angefangen, aber liegen geblieben iſt.

25) Einige Juriſten ſchränken den im Text eben angegebenen Satz auf unbewegliche Sachen ein, weil ſie die Anſicht haben, daß, wenn man bewegliche Sachen hierhin zählen wollte, dieſe immer zugleich auch geſtohlene Sachen ſein müßten. Allein wenn der malae fidei possessor eines Landgutes auf demſelben erzeugte Früchte ohne Wiſſen des Eigenthümers veräußert, ſo zeigt ſich in dieſem Beiſpiele die Möglichkeit der Anwendung jener Regel auch auf bewegliche Sachen. Außerdem aber liegt die Beſchränkung auf unbewegliche Sachen gar nicht in dem Geſetze: in Novelle 119 Cap. 7, woraus die Auth. malae fidei zur c. 1 C. de praescr. longi temporis 7, 33 ein Auszug iſt.

Zwölfte Abhandlung.

Beitrag zur Lehre vom Fruchterwerbe.*)

Daß folgende Stelle des Paulus [1]): fructus et partus ancillarum, et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt ganz müssig sey, und einen trivialen Sinn enthalte, ist auch die Ansicht ihres neusten Erklärers [2]), welcher aber versucht hat, diesen Vorwurf von dem Verfasser der

*) Die gewöhnliche Angabe, z. B. bei Thibaut Pandekten §. 592 Note p; Glück Pandekten Bd. 9 S. 332, 333; Mackeldey Lehrbuch §. 266 № 1; Wening gemeines Civilrecht B. II §. 32 Note a, daß der Besitzer einer fremden Sache, dem das Recht zugestanden ist, die Früchte derselben zu ziehn, das Eigenthum derselben durch fructuum perceptio gewinnt, ist zu allgemein. Denn zu denjenigen, welchen das Recht des Fruchtgenusses eingeräumt ist, gehört ja auch der Emphyteuta, und dennoch gewinnt dieser Berechtigte schon durch Separation, fr. 25 §. 1 a. E. De usuris 22, 1, nicht erst durch Perception das Eigenthum der Früchte.

1) fr. 4 §. 5 De usucap. et usurp. 41, 3. Paulus libro LIV ad Edictum.

2) *Backe* Interpretationum iuris Romani Caput I Regimontii 1820. 8. p. 29 »prorsus supervacua atque otiosa.«

Stelle abzuwälzen, und ihn auf die Schultern der Compilatoren der Digesten zu schieben. Darum bemüht er sich einen ursprünglichen, von dem jetzigen verschiedenen Inhalt der Stelle nachzuweisen, und glaubt diesen durch eine Beziehung auf die lucrativa pro herede usucapio aufgefunden zu haben [3]). Paulus soll demnach folgende Meinung in dieser Stelle, deren ursprüngliche Gestalt selbst wieder herzustellen nicht versucht ist, vorgetragen haben: Früchte und Junge, trotz dem, daß sie nicht dem Verstorbenen gehört haben, weil sie erst nach dessen Tode erzeugt sind, können von einem Jeden, der die lucrativa pro herede usucapio ausübt, ersessen werden [4]). Im Justinianischen Rechte dagegen soll die Bedeutung der Stelle allgemeiner, und zwar folgende seyn: Für Niemanden entsteht ein Hinderniß der Usukapion daraus, daß Früchte aus einer Sache, die durch Recht oder Besitz dem Verstorbenen gehörte, erzeugt und entweder wegen eines rechtlichen Hindernisses, oder weil sie erst nach dessen Tode erzeugt sind, nicht Eigenthum des Verstorbenen geworden sind [5]).

Gegen die angeführte ursprüngliche Erklärung läßt sich aber, wie es scheint, noch folgender Zweifel erheben. Schon

3) p. 23, 24 »Interpretatio petenda mihi esse ex vetere illo iure videtur, quod ad lucrativam pro herede usucapionem pertinet.«

4) p. 27 »fructus et partus, etiamsi defuncti non fuissent, usucapi posse, seu posse usucapi eo casu, quo ceterae res non possent, id est, si defuncti non fuissent.«

5) p. 28, 29 »ut nihil vitii, quod impediat usucapionem (cuicunque scilicet, communi tamen usucapiendi conditione subnixo, proficientem) inde nasci demonstretur, quod fructus vel ancillarum partus, ex re nati, ad defunctum vel iure vel possessione pertinente, ex quacunque causa (sive propter iuris defectum, sive quod post mortem nati sint) ipsius defuncti non fuerint.«

Gajus sagt von der lukrativen pro herede usucapio [6]), daß sie nur in einem einzigen, gewiß nicht häufigen Falle, gegen einen necessarius heres, vorkomme. Die beiden einzigen sichern Spuren von dieser lucrativen Verjährung in Justinians Compilation sind nur zwei Stellen Julians, also eines Zeitgenossen Hadrians [7]), und daher ist es wohl höchst unwahrscheinlich, daß Paulus, der fast ein Jahrhundert nach Hadrian lebte, noch von jener lucrativa pro herede usucapio gehandelt habe.

Im Allgemeinen aber scheinen die Worte: si defuncti non fuerunt nicht richtig aufgefaßt zu sein, indem man freilich bisher durchgängig supplirte: si fructus et fetus et partus non fuerunt defuncti. Wäre aber dieß zu sagen die Absicht von Paulus gewesen, so hätte er sicher qui defuncti non fuerunt geschrieben, da es lauter Maskulina sind, worauf der Satz sich bezieht. Allein weit näher scheint es zu liegen, diesen Satz auf das nächst vorhergehende Wort, auf pecorum so wie auch auf ancillarum, Worte von ungleichem Geschlechte (weshalb qui statt si nicht passen würde), zu beziehn, und darnach folgende Erklärung der Stelle, ganz gleich nach der Absicht von Paulus und von Justinian, vorzuschlagen:

---

6) Gaius I. II, 57 Sed hoc tempore etiam non est lucrativa. Nam ex auctoritate Hadriani SCtum factum est, ut tales usucapiones revocarentur ... §. 58 Sed necessario tamen herede exstante ipso iure, pro herede usucapi potest. Wohl nur Schreibfehler ist es, wenn Unterholzner Verjährung Bd. I S. 326 gegen den suus et necessarius diese usucapio fortdauern läßt.

7) fr. 33 §. 1 De usurp. 41, 3 und fr. 2 §. 1 D. pro herede 41, 5. Vergl. fr. 6 §. 3 De precario 43, 26 und Savigny Besitz S. 56 ... 60.

Sklavenkinder und junge Thierchen, deren Eltern dem Verstorbenen noch nicht gehörten, können, wenn sie nach dessen Tode erst zur Welt kommen, usukapirt werden.

In dem langen Einleitungs-Fragmente, dem fr. 4 De usurp. 41, 3 soll, wie Paulus selbst im Principio bemerkt, zuerst von den möglichen Subjekten der Usukapion, dann von den möglichen Objekten derselben und endlich von deren Zeiten (et quanto tempore) gehandelt werden. Allein dieses letzte Versprechen, welches Paulus gewiß erfüllt hat, ist von den Compilatoren nicht ausgeführt; sondern alle Stellen, die von der Zeit handelten, sind wegen der inzwischen vorgegangenen Aenderungen Justinians weggelassen. Paulus handelt demnach von §. 1 bis §. 4 von den möglichen Subjekten der Verjährung, vom fünften, vom vorliegenden, Paragraphen an von den Objekten. Zwischen §. 4 und §. 5 ist daher gleichsam ein Abschnitt zu machen, und desbalb scheint das Argument [8]): weil im §. 4 von der pro herede usucapio die Rede sei, so sei darum auch im §. 5 von derselben die Rede, sehr trüglich.

Vielleicht war der Ideengang von Paulus, dessen Werk wir ja in diesem Fragmente nur lückenhaft besitzen, folgender. Sachen, welche der Verstorbene ex iusto titulo zu besitzen angefangen [9]), kann dessen Universalsuccessor von Todes wegen

8) Dessen sich *Backe* a. a. O. p. 28 bedient: »de usucapione pro herede Paulum hoc loco egisse, eius rei argumentum accedere videtur ex ea, quae proxime antecedit, paragrapho.«

9) Non nehmen wir hier, wie es häufig geschieht, für nondum (si nondum defuncti fuerunt). Beläge für diesen Gebrauch von non finden sich zahlreich bei Brissonius de V. S. v. non §. 6 und bei Faber Coniecturae lib. I cap. 1ℓ.

aus derſelben iusta causa zu uſukapiren fortfahren [10]). Daſſelbe muß natürlich auch von Früchten gelten, die aus ſolchen Sachen erzeugt ſind, und deren Verjährungsbeſitz der Verſtorbene bereits angefangen, indem der Univerſalſucceſſor von Todes wegen ebenfalls in dieſe Usucapio ſuccedirt. Hierüber konnte es keinen Zweifel geben. Allein wenn nun aus ſolchen Sachen Früchte erſt nach ſeinem Tode, ſei es vor oder nach dem Antritte der Erbſchaft entſtehn, ſo hat der Verſtorbene an dieſen Früchten noch gar keinen (Verjährungs) Beſitz gehabt, und es fragt ſich daher, ob der Univerſalſucceſſor ihre Verjährung beginnen und zu Ende führen kann; und dieſe Frage bejaht Paulus: usucapi possunt, d. h. aber auch usucapi debent; ſie ſind nicht etwa als Eigenthum (des Verſtorbenen oder) der hereditas [11]) anzuſehn, wenn ſie vor dem Antritt der Erbſchaft, oder als Eigenthum des Erben anzuſehn, wenn ſie nach deſſen Antritt der Erbſchaft entſtanden ſind [12]). Wer-

---

10) Unterholzner Verjährung Bd. I S. 341 Note 340.

11) fr. 6 §. 2 D. pro emtore 41, 4 Post mortem eius, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem possidere non coepisset, fiet tamen eius; sed ita hoc, si nemo eum possedisset.

12) Dieſer Paragraph ſpricht alſo für die Anſicht von Savigny Beſitz §. 22 a, daß der bonae fidei possessor der Hauptſache an den Früchten ebenfalls nur bonae fidei possessio, nicht augenblickliches Eigenthum erwirbt, und dadurch hört der in Frage ſtehende Paragraph auf, müſſig für das heutige Recht zu ſein. Eben ſo iſt eine für die Savignyſche Anſicht ſprechende und noch nicht hervorgehobene Beweisſtelle bei Theophilus zum pr. I. 2, 2, wo unter den naturalen Erwerbarten des Eigenthums Theophilus auch folgende aufzählt: bonae fidei possessio sufficit ad faciendum quem dominum fructuum consumtorum (*τῶν δαπανηθέντων καρπῶν* nicht *ληφθέντων*, perceptorum *καρπῶν*.)

den die Früchte vor dem Antritt der Erbschaft erzeugt, so sind sie besitzlos, weil die hereditas keinen Besitz ergreifen kann, bis der Erbe nach dem Antritte der Erbschaft ihren Besitz ergriffen hat; also ist hier die Fiction, die hereditas vertrete die Stelle des Verstorbenen unmöglich. Wenn nach dem Antritte der Erbschaft die Früchte entstehn, so ist hier ebenfalls eine besondere Besitzergreifung nothwendig, um die Verjährung anfangen zu können, wenn nicht bereits etwa für die fruchttragende Sache die Verjährung vollendet war [13]). Der Verjährungstitel ist aber nicht gerade derjenige, der es für die Hauptsache war, auch nicht der pro herede titulus, sondern, wie Paulus selbst an einem andern Orte [14]) bemerkt, der pro suo titulus.

Nimmt man die hier aufgestellte, neue, Erklärung an, welche mit der des Cujacius [15]) einige Aehnlichkeit hat, so scheinen alle Schwierigkeiten, welche sonst sich finden, zu verschwinden. So z. B. erledigt sich leicht das Bedenken, welches durch ein argumentum a contrario in diese Stelle hineingelegt werden könnte [16]), dahin; wenn die fruchttragenden Sachen bereits im Eigenthum des Verstorbenen gestanden hat-

13) fr. 44 §. 2 De usurp. 41, 3.

14) fr. 2 D. pro suo 41, 10... partum hereditariae aut emptae ancillae pro nostro possidemus. Similiter fructus rei emptae, aut donatae, aut quae in hereditate inventa est.

15) Comment. ad tit. Dig. de usurp. ad h. l. und Recitt. in Pauli libros ad Edictum libro LIV. in h. l.

16) *Backe* a. a. O. p. 3 a. E. »Quid enim voluisset hac sententia relata? — An hoc, si fuerint defuncti fructus et partus ancillarum, usucapi non posse? — absurdum.«

ten, so können und dürfen die daraus erzeugten Früchte nicht usukapirt werden, weil sie gleich in das Eigenthum ihres neuen Erwerbers übergehn. Ferner erklärt sich, warum hier Paulus gerade nur Erzeugnisse genannt, und nicht noch andere Sachen erwähnt habe [17]), aus unserer aufgestellten Erklärung wohl am deutlichsten, so wie auch der Einwurf [18]) sich leicht beseitigen läßt, warum Paulus nicht eben durch den Zusatz **abherede** usucapi possunt, seine Regel verständlicher gemacht habe. Denn das hier Gesagte gilt nicht nur blos vom direkten Erben, vom fideicommissarius heres, vom bonorum possessor und allen Universalsuccessoren, die einen Nachlaß antreten [19]), sondern auch von demjenigen, welcher, ohne Erbe zu sein, ex justa probabilique causa dies glaubt, und die pro herede usucapio beginnt [20]).

Zuletzt könnte man dieser Erklärung, nach welcher Paulus mit dieser Stelle ursprünglich dasselbe gesagt hat, als was jetzt die Compilatoren sagen wollen, noch den Einwand ent-

---

17) *Backe* a. a. O. p. 12 »cum nulla in iis ratio appareat, per quam aut magis aut minus, quam in re qualibet, illa heredis usucapio possit videri probanda esse.«

18) *Backe* a. a. O. p. 13 »Si speciatim de herede ICtus locutus esset, sine dubio non ita generaliter dixisset, usucapi posse fructus illos et ancillarum partus, sed speciatim heredis mentionem addidisset.«

19) fr. 2 §. 19 (Paulus libro LIV ad Edictum) D. pro emtore 41, 4. Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse. Hoc et in bonorum possessione, et in fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur hereditas, ceterisque Praetoriis successoribus observatum est.

20) Unterholzner Verjährung Bd. I S. 368, 369 Note 368.

gegenstellen, daß hier der Ausdruck fructus ohne einen Genitiv dastehe, daß es fructus rerum oder praediorum heißen müsse, damit sich der Satz: si defuncti non fuerunt auch auf diese res oder praedia beziehen könne. Allein allerdings giebt es hier einen solchen Genitiv, auf den sich fructus bezieht, nämlich fructus (et partus) ancillarum. So scheint es schon Spängenberg verstanden zu haben, indem dieser, sonst mit Interpunctionszeichen gewiß nicht karge, Herausgeber, hier fructus et partus ancillarum edirt, ohne fructus und et durch ein Komma zu trennen. Fructus aber bedeutet ja [21]) jeden möglichen Vortheil, den wir aus irgend einem unserm Vermögen unterworfenen Objecte ziehn. Wenn wir daher unsere ancillae vermiethen [22]), so gehört das Geld, oder die Kleidungsstücke, welche sie dafür bekommen, zu den fructus, und ebenso gehört es gewiß zu den fructus ancillarum, wenn diese, wie es häufig der Fall ist, beim Einerndten oder Ausdreschen der Feldfrüchte auf den Gewinn des zehnten Scheffels, welchen sie erndten oder dreschen, vermiethet sind.

21) Brissonius de V. S. v. fructus §. 2, §. 6.

22) Fructus hominis in operis consistit fr. 4 De operis serv. 7, 7.

Dreizehnte Abhandlung.

Bei welchen Rechtsgeschäften ist die rei venditae et traditae exceptio anwendbar.

Ungeachtet im Digestentitel de exceptione rei venditae et traditae (21, 3) alle Beispiele für diese Einrede nur vom Kaufe hergenommen sind, und dadurch der Name dieser Einrede vollkommen gerechtfertigt wird, so ist doch schon längst die Bemerkung gemacht worden, daß der Ausdruck rei venditae a potiori entlehnt, und daher diese Einrede durchaus nicht auf den Fall des Kaufes zu beschränken sey. [1]) Allein noch nirgens ist der Versuch gemacht worden, die Fälle einzeln aufzuzählen, in welchen sie zur Anwendung kommen kann, indem die Monographieen von Albers und Michelsen [2]) über diesen Gegenstand, vorzüglich auf das ältere,

1) Z. B. von Zimmern Rheinisches Museum Bd. III Heft 3 S. 338 »auch bei jeder andern Art des sog. derivativen Erwerbs.«

2) Beide erschienen 1824, jene in Göttingen 4.; diese in Berlin und Heidelberg. 8.

erst durch Savigny in seinen Vorlesungen hervorgehobene Verhältniß dieser Einrede Rücksicht nehmen, und das Praktische dieser Einrede hintenansetzen, vielleicht deshalb, weil sie [3]) annehmen, daß diese Einrede jetzt unpraktisch, und stets statt ihrer die doli exceptio anwendbar sei.

Die Anwendbarkeit dieser Einrede wird jetzt gewöhnlich aus folgendem historischen Grunde geleugnet. Man behauptet, daß, wenn Jemand nach älterm Römischen Rechte eine fremde Sache verkauft, und später das Eigenthum an derselben erlangt habe, daß in diesem spätern Momente ipso iure das bonitarische Eigenthum bei dem Käufer convalescire, weshalb er der Vindikation des Verkäufers, weil er dessen quiritarisches Eigenthum anerkenne, eine Einrede entgegensetzen könne, nämlich unsere exceptio oder die Einrede des bonitarischen Eigenthums. Nach neuerm Rechte aber könne von einer Anerkennung des quiritarischen Eigenthums nicht mehr die Rede seyn. Sobald nämlich nach eingetretenem Eigenthumserwerb des Verkäufers bei dem Käufer das Eigenthum convalescirt sey, müsse er das Eigenthum des Verkäufers geradezu leugnen, er könne also keine Einrede, auch nicht unsere exceptio vorschützen, sondern seine Einlassung auf die Klage enthalte geradezu ein Negiren des Klagegrundes, eine negative litis contestatio.

Jedoch ein solches Convalesciren des Eigenthums scheint im Römischen Rechte nie stattgefunden zu haben; vielmehr werden wir das Recht des Käufers in dem angegebenen Falle, vor und nach dem Eigenthumserwerbe von Seiten des Verkäufers, nur ein obligatorisches nennen können, gegründet auf die Ein-

3) Wie dieß z. B. Günther principia §. 968 Note b und Lang Lehrbuch der Institutionen §. 196 thun.

rede des dolus. Vindicirt nun der zum Eigenthümer gewordene Verkäufer oder sein lukrativer Nachfolger, so kann der Käufer, das Eigenthum des Vindicanten anerkennend, die doli exceptio entgegenstellen; klagt aber der oneröse Nachfolger, so muß, da ebenfalls sein Eigenthum nicht geleugnet, ihm aber auch nicht die doli exceptio entgegengestellt werden kann, ihm unsere exceptio opponirt werden. Für diese unsere Ansicht eines nur obligatorischen Verhältnisses, welches erst durch Verjährung zum Eigenthume führt, scheint auch die Analogie des Pfandrechtes zu streiten.

Diese Einrede kann ihrer Natur nach aus allen Geschäften hervorgehn, bei welchen der eine Contrahent verpflichtet ist, den ungestörten, beständigen Besitz und Gebrauch [4]) dem andern Contrahenten zu gewähren, die Leistung aber mit einer fremden Sache, deren Eigenthum er erst später erlangt, vollzogen hat.

Wir wollen daher die einzelnen Verträge, bei welchen sich ein solches Verhältniß findet, durchgehn, und da der Kauf, von dem ja, als dem bedeutendsten Anwendungsfall dieser Einrede, sie den Namen hat, eine obligatio ist, quae consensu contrahitur, mit dieser Art von Obligationen den Anfang machen.

Bei der Miethe und Pacht kann von dieser exceptio nicht die Rede seyn, da die Absicht des Vertrags gar nicht auf (juristischen) Besitz, auch nicht auf beständigen Besitz geht [5]).

---

4) Nicht gerade Eigenthum, weil dieß der Verkäufer nicht prästiren darf fr. 11 §. 2 De A. E. 19, 1, wenn nicht etwa der Verkauf vom Fiskus ausgeht, indem dieser stets Eigenthum überträgt. Vergl. z. B. c. 5 C. de fide et iure hastae 10, 3.

5) Denn der bei der Pacht vorkommende Vertrag, den man mit dem

Bei dem emphyteutischen Contracte würde die Entscheidung sehr leicht seyn, wenn Zeno ihn entweder für einen Kaufcontract oder für einen Pachtcontract erklärt hätte. Allein da er einen eigenthümlichen Vertrag bildet, so muß man aus der Natur desselben die Entscheidung ziehn. Sachbesitz wird nun hier wirklich übertragen [6]), und auch der Regel nach keine Beschränkung hinsichtlich der Zeit hinzugefügt, daher hier dem vindicirenden Eigenthümer wohl die rei in emphyteusin concessae et traditae exceptio mit Recht entgegengesetzt werden kann. Dasselbe muß auch bei der Superficies der Fall seyn, wenn man für den Superficiarius ebenfalls Sachbesitz annimmt [7]). Nur kann die Einräumung einer Superficies nach Römischem Rechte nicht als obligatio, quae consensu contrahitur angesehn werden, sondern sie muß als Innominat-Contract gelten. Bei der Societas particularis, wenn Sachen zum gemeinschaftlichen Eigenthume hingegeben werden sollen, und der Eine Sachen, deren Eigenthum er erst später erwarb, hingegeben hat, kann seine Vindication durch die genannte exceptio, die hier eine reine doli exceptio seyn wird, abgewiesen werden. Beim Mandat kann etwas diesen Verpflichtungen Aehnliches nicht eintreten.

Was die obligationes, quae re contrahuntur betrifft, so kann bei den res mutuo datae natürlich, so lange die hingegebenen Objecte noch in ihrer Erkennbarkeit vorhanden sind, die vindicatio von dem frühern Nichteigenthümer, d. h. von dem jetzt zum Eigenthümer gewordenen creditor angestellt,

---

Namen contractus sociétae zu bezeichnen pflegt, wo der Pächter Inventar gegen eine Taxe erhält, wird als Kauf angesehn fr. 3 D. locati 19, 2.

6) Vergl. Abhandlung VIII Note 28.

7) Vergl. dieselbe Abhandlung Note 41.

aber durch die rei creditae [8]) exceptio abgewiesen werden. Das Commodat steht in dieser Beziehung der Miethe vollkommen gleich, und eben so wenig wird unsere Einrede Anwendung bei dem Depositum finden, und zwar bei allen Arten desselben, bei der Sequestration eben so wenig als bei dem Falle, wo das Depositum unter der Bedingung ut tantundem redderetur eingegangen wird. Hingegen beim Faustpfandcontracte wird unsre Einrede wieder Anwendung finden, da ja die Verpfändung giltig wird, wenn der frühere Nichteigenthümer später Eigenthümer wird [9]). Beim Tausche findet die Verpflichtung den ungestörten und beständigen Gebrauch der Sache zu gestatten von beiden Seiten, und zwar in noch höherm Grade, als beim Kaufe Statt, indem hier nicht bloß eine tradendi, sondern eine zweiseitige dandi obligatio erzeugt wird [10]). Da durch den Trödelvertrag nie Eigenthum auf den Empfänger übergeht [11]), so kann auch von unsrer Einrede zwischen den Contrahenten kein Gebrauch gemacht werden. Ist die Sache aber schon wirklich vertrödelt, so ist ja der Handel ganz wie ein Kaufgeschäft zu behandeln. Hat Jemand in einem Falle, wo das suffragium erlaubt ist, eine fremde Sache hingegeben, dafür die gewünschte Stelle erhalten, und nun, Eigenthümer jener Sache geworden, dieselbe vindicirt, so kann er mit einer exceptio abge-

8) Darin liegt schon der Zusatz et traditae, weil ein creditum ja erst nach vollzogener Tradition eingegangen ist.

9) fr. 41 De pign. act. 13, 7; c. 5 C. si aliena res. 8, 16; die Einrede könnte den Namen rei pignori datae (darin liegt schon das: et traditae) exceptio führen.

10) fr. 1 §. 3 De rerum permut. 19, 4; c. 1 C. eod. 4, 64.

11) Vergl. Glück Commentar Bd. 18 S. 67.. 72.

wiesen werden, deren Bezeichnung durch rei propter suffragium datae exceptio nicht unpassend scheint. Ja bei allen sogenannten unbenannten Contracten, die mit einem dare anfangen oder enden sollen, wird, wenn die Gegenleistung beschafft ist, unsre exceptio anwendbar seyn.

Bei Stipulationen, die auf ein dare, oder wenigstens auf ein tradere gerichtet sind, wird, wenn der Promittent mit einer fremden Sache sich zuerst abgefunden hat, diese aber, später Eigenthümer geworden, vindicirt, unsere Einrede sich sehr gut anwenden lassen, also sehr gut bei einer auf Stipulation beruhenden Bestellung einer Servitut.

Ist von einem Nichteigenthümer eine dos constituirt, so ist, wenn der Eigenthümer, welcher als Successor die Handlungen des Constituenten anerkennen muß, die Dotalsachen vindicirt, er mit der exceptio rei in dotem datae et traditae abzuweisen. Sind die Dotalsachen nach einer Taxe übergeben, so wird im Augenblicke der contrahirten Ehe diese Hingabe nach der Natur einer wahren venditio behandelt [12]). Der Fall, daß der Mann, welcher widerrechtlich Dotalsachen veräußert hat, und später nach Beendigung der Ehe Eigenthümer der Dotalsachen geworden ist, diese nicht mit Erfolg vindiciren kann, sondern mit der rei venditae et traditae exceptio abgewiesen wird [13]), ist eben so wenig eine Eigenthümlichkeit der dos, als die Regel, daß wenn eine Frau Erbin ihres Mannes geworden ist, welcher widerrechtlich ihre Dotalsachen veräußert hat, und nun diese vindiciren will, ex persona viri

12) fr. 10 §. 4 De iure dot. 23, 3.

13) fr. 17 De pact. dotal. 23, 5. Fundum dotalem maritus vendidit et tradidit: si in matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti cessit, fundus emtori avelli non potest.

defuncti mit der doli oder rei venditae et traditae exceptio zurückgewiesen wird. Ja selbst bei der simplex donatio ist es nicht unmöglich, daß unsere Einrede unter den angegebenen Voraussetzungen vorkomme. Denn hat Jemand eine über fünfhundert solidi große fremde Summe ohne Insinuation geschenkt, und widerruft später, zum Eigenthümer geworden, die Schenkung, so wird die der Vindication entgegenstehende rei donatae exceptio dennoch über die Summe von fünfhundert solidi hinaus nicht durch die non insinuatae donationis replicatio entfernt werden können.

Beim Precarium kann von dieser Einrede nicht die Rede sein, da jeden Augenblick der precario dans die hingegebene Sache zurückfordern darf.

Beim Spiel kann diese Einrede ebenfalls nicht gültig vorgeschützt werden; denn mochte der Verlierende bei einem verbotenen Spiele oder bei einer verbotenen Wette, eine eigene oder eine fremde Sache hingegeben haben, so stand ihm ja eine durch keine Einrede abzuweisende, funfzig Jahr dauernde, indebiti condictio zu.

Bei der Geschäftsführung ohne erhaltenen Auftrag gilt das oben beim Mandate Gesagte. Bei der Erbschaftstheilung kann sich der Fall ereignen, daß ein Erbe dem Andern Sachen überläßt, die nicht dem Erblasser gehörten. Wenn er diese vindicirt, wird er seine eigene Handlung anfechten müssen, und daher mit der rei in divisione datae atque traditae exceptae zurückgewiesen werden können. Allein diese Regel kann doch nur für den gewöhnlichen Fall aufgestellt werden, nämlich, wenn er fremde Sachen überläßt, deren Eigenthum er später erlangt. Denn da er hier für Eviction einstehn muß [14]), so kann der

14) fr. 66 §. 3 De evictionibus 21, 2; c. 14 C. familiae erciscundae 3, 36; arg. fr. 10 §. 2 D. comm. divid. 10, 3.

Miterbe sich gegen den Vindicanten durch die genannte Einrede schützen. Allein wenn der Miterbe selbst, ohne es zu wissen, Alleineigenthümer einer Sache war, diese zum Alleineigenthum seinen Miterben hingab, und später erfährt, daß nicht sein Erblasser, sondern er selbst Eigenthümer der Sache gewesen ist, so wird, wenn er das für die Hingabe der Sache erhaltene Aequivalent bis auf den Erbtheil des Andern restituirt, seiner Vindication keine Einrede entgegengestellt werden können. Denn es ist hier ein Fall der indebiti solutio vorhanden. Dieser letzte Fall wohl nicht, sondern nur der erste gewöhnliche, wird bei den übrigen Theilungen, welche durch die communi dividundo und finium regundorum actio regulirt werden, vorkommen, und daher unsere exceptio dabei ihre Anwendung finden können.

Ferner kann man wohl nach Justinianischem Rechte noch den Fall hierhin zählen, wenn ein Nichteigenthümer ein Thier, welches Schaden angerichtet hat, noxae hingab, später aber erst das Eigenthum an demselben erlangt, und nun das Thier vindicirt. Hier kann seiner Vindication die rei noxae datae (atque traditae) exceptio entgegengestellt werden, da der ehemalige Beklagte seinem Wahlrechte, den Schaden zu ersetzen oder das schadende Thier hinzugeben, durch die einmal vollführte Uebergabe des Thieres entsagt hat.

Ebenso im Falle, daß Jemand zur in solutum datio gelangt ist, und hier seinen Creditor mit zum Theil oder ganz fremden Sachen zufrieden gestellt hat, der damalige Eigenthümer aber später, da er die Handlungen des Zahlenden als dessen Erbe anerkennen muß, die Sachen vindiciren will, so wird seine Vindication mit einer rei in solutum datae exceptio abgewiesen werden.

Endlich wenn beim Vergleiche der eine Contrahent dem Andern eine fremde Sache zur Abfindung giebt, deren Eigenthum aber später erlangt, so kann er durch die rei transactionis causa traditae exceptio von der Vindication dieser Sache zurückgewiesen werden.

Vierzehnte Abhandlung.

Ueber den Begriff der Servituten.

Sehen wir auf die Begriffsbestimmungen der Servituten in den Lehrbüchern der Neuern, so ist allen [1]) der Vorwurf zu machen, daß sie nicht strenge genug die Servitut von den übrigen iura in re zu sondern sich bemühen. So definirt Thibaut [2]) die Dienstbarkeiten als »die dinglichen Rechte, welche dem Eigenthümer die Pflicht auflegen, zum Vortheil eines Andern Etwas zu unterlassen, oder demselben irgend eine Benutzung seiner Sachen zu gestatten.« Nur den Worten, nicht dem Sinne nach verschieden ist die Erklärung der Servitut von Mackeldey [3]), als »Beschränkung der natürlichen

1) Nur v. Wening—Ingenheims Lehrbuch macht hier eine ehrenvolle Ausnahme.

2) Pandekten-Recht §. 603.

3) Lehrbuch des heutigen Römischen Rechtes §. 275. Combinirt aus beiden ebengenannten Schriftstellern ist die Erklärung von Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 297.

Freiheit des Eigenthums durch einzelne vom Eigenthume abgelöste, und einem Andern an der Sache eingeräumte Rechte.« Dasselbe lesen wir bei Glück [4]), bei Konopak [5]), Seuffert [6]), Schweppe [7]) und Guyet [8]).

Leicht läßt es sich zeigen, daß diese Definitionen zu weit sind, und eben so gut auch auf die übrigen iura in re passen. Denn hat der Eigenthümer ein Pfandrecht eingeräumt, so hat er sich damit die Pflicht auferlegt, zum Vortheil des Pfandinhabers die Vernichtung oder den Verkauf der Sache wider den Willen des Creditors zu unterlassen; hat der Eigenthümer Jemandem eine Superficies oder Emphyteusis eingeräumt, so hat er ihm offenbar die Benutzung seiner Sache gestattet, und wir werden daher das Pfandrecht eben so gut als die Emphyteusis und die Superficies unter diesen Begriff der Servituten bringen können. Es verdient daher jeder Versuch, den Begriff der Servituten genauer zu bestimmen, freudige Anerkennung. Hierin ist vorzüglich Löhr voran gegangen, indem er die Servitut als ein nach altem Civilrechte bestehendes ius in re erklärt [9]). Allein wenn gleich diese Erklärung historisch keine Ausstellung leidet, so desto mehr in

4) Pandekten-Commentar Bd. 9 S. 5.

5) Institutionen §. 267.

6) Pandekten §. 160.

7) Pandekten §. 280.

8) Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts S. 5. Guyet setzt noch in die Definition, daß diese Befugniß von dem Eigenthümer selbst aus seinem Eigenthume herausgenommen sei. Ein Merkmal, das sich bei den vom Emphyteuta oder Superficiar eingeräumten Servituten, und namentlich bei dem sog. legalis usüsfructus nicht findet.

9) Magazin Bd. III № 16 S. 486..489.

dogmatischer Hinsicht, indem sie darin ganz unfruchtbar erscheint. Daher substituirt ihr in dieser Beziehung Löhr folgende Erklärung. Er sagt: die Servituten sind ihrer Natur nach dahin beschränkt, daß sie nur zum Vortheil einer bestimmten Person oder Sache Statt finden können, und daß eine Trennung von diesen Subjecten und Uebertragung an Andere völlig unmöglich ist [10]), und glaubt dadurch die Servitut von der Emphyteusis und Superficies unterschieden zu haben. Fragen wir zuerst, was Löhr unter dem Ausdrucke: bestimmte Person oder Sache versteht, so kann darunter, wie er selbst andeutet, nur verstanden werden, einmal, daß diese Rechte höchst persönliche sind, also von der Person, welcher sie zustehn, nicht getrennt werden können, und ferner, daß diese Rechte, wenn sie an einer Sache haften, von dieser unablösbar sind. Wenn nun aber gleich in Beziehung auf die persönlichen Servituten dieß sich allerdings so zu verhalten scheint, so können wir diese Behauptung doch nicht in Beziehung auf die Grunddienstbarkeiten unterschreiben. Denn es ist bekannt, daß eine rustici praedii servitus als Pfand bestellt werden kann. In einem solchen Falle ist also der Pfandnehmer als Eigenthümer des benachbarten praedii dominantis der zunächst Berechtigte, und man müßte daher hier erwarten, daß die Servitut von seinem Gute unablösbar wäre. Nichts desto weniger lesen wir in fr. 12 De pignoribus 20, 1 daß es dem Pfandinhaber frei stehen solle, die Servitut selbst, nicht blos die Ausübung derselben, an den Eigenthümer eines andern benachbarten Grundstücks zu veräußern, wenn eine solche Verabredung unter den Contrahenten eingegangen war.

---

10) Dasselbe behauptet ohne alle Ausnahme Valett Pandekten §. 289 Note 9.

Eine ſolche Verabredung: si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere liceat, könnte doch aber ſicher auch in Beziehung auf perſönliche Dienſtbarkeiten vorkommen, und würde dann gewiß ebenſo wie jene propter utilitatem contrahentium aufrecht erhalten werden. Denn durch den Verkauf des Ususfructus bekommt der Gläubiger vielleicht das ſchuldige Kapital ganz, während er, wenn er ſelbſt den Ususfructus percipirt, nur vielleicht etwas mehr als die jährlichen Intereſſen erlangt. Dieß Requiſit alſo, daß die Servitut nothwendig zum Vortheile „einer beſtimmten Perſon oder Sache" gereichen müſſe, iſt kein weſentliches Requiſit zum Begriffe der Servitut, und daher kann man wohl die Erklärung von Löhr nicht für gelungen annehmen [11]). Auch erſcheint dieſe Definition außerdem als ungenügend, indem nur die Richtung der Befugniß, gar nicht aber der Inhalt und das Weſen der Befugniß ſelbſt ausgeſprochen wird. Dieſem letzteren Mangel hat Wening Ingenheim abzuhelfen geſucht, indem er mit Löhr gleichdenkend ſich dahin ausſpricht [12]): Unter Dienſtbarkeit verſteht man das dingliche Recht auf Benutzung einer Sache zum Vortheil einer beſtimmten Perſon oder Sache. Daß dieß letzte Requiſit nicht auf allgemeine Giltigkeit Anſpruch machen kann, iſt bereits zu zeigen verſucht; aber auch für das erſte Requiſit gilt ganz Daſſelbe. Denn eine Servi-

11) Man könnte allenfalls gegen dieſe Erklärung noch einwenden, daß die Beſchränkung auf die phyſiſche Perſon des Berechtigten nicht ausſchließlich den perſönlichen Servituten eigenthümlich ſei, ſondern auch bei der Emphyteuſe und Superficies vorkommen könne. Denn da die Beſtellung dieſer iura in re kein legitimus actus iſt, ſo iſt dabei jede Reſolutiv-Bedingung möglich, alſo auch die Verleihung bis zum Tode deſſen, welcher jetzt die Superficies oder die Emphyteusis erhält.

12) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts B. II §. 66.

tut als dingliches Recht auf Benutzung einer Sache zu definiren, ist gewiß nicht allgmein zu vertheidigen. Allerdings freilich ist dies vollkommen richtig für alle persönliche Servituten; auch läßt es sich für die affirmativen Grunddienstbarkeiten vertheidigen. Aber wie kann man das Benutzung einer Sache nennen, wenn der jedesmalige Eigenthümer dieser Sache nur Etwas nicht thun darf? Die Servitus, ne prospectui und ne luminibus officiatur als eine Servitut zu erklären, wornach dem Berechtigten eine Benutzung der dienenden Sache zustünde, läßt sich nicht gut mit dem Genius der Sprache vereinigen. Denn das Benutzen einer Sache setzt das positive Einwirken auf eine Sache voraus, jedoch das Hinüberseyn über ein Haus zum Zwecke der Aussicht, wenn jenes Haus vermöge meiner servitus prospectus nicht höher gebaut werden darf, kann man gewiß kein Benutzen des dienenden Hauses, sondern nur ein Benutzen der Aussicht nennen. Aus diesen Gründen möchten wir auch die zuletzt genannte Definition nicht für haltbar erklären.

Nachdem aber solche Männer mit ihren Versuchen gescheitert sind, maßen wir uns nicht an, etwas Haltbareres an die Stelle setzen zu wollen, sondern glauben, daß die Servituten sich ihrem Begriffe nach nicht vollständig definiren lassen, zumal da ihre Zahl, was die Grunddienstbarkeiten betrifft, unbegrenzt ist [13]) Deshalb scheint es im Systeme passender, zu-

13) So kann man wohl einigen Servituten, die gewöhnlich nur zu den urbanorum praediorum servitutes gezählt werden, auch ihren Platz unter den rusticorum praediorum servitutes anweisen. Es gehört dahin die cloacae servitus, welche eben so einem urbanum praedium zustehn kann (fr. 1 pr. De cloacis 43, 23), als einem rusticum, und daher auch ausdrücklich von Neratius in fr. 2 pr. De S. P. R. 8, 3 zu

erst die Emphyteusis, die Superficies und das Pfandrecht ab-

---

den rusticorum praediorum servitutes gezählt wird, während die Neuern sie regelmäßig (z. B. Thibaut §. 607, Wening B. II §. 84, Seuffert §. 164, Valett §. 299, Lang §. 202, Hartitzsch S. 307 in ihren Lehrbüchern) nur zu den urbanae zählen, Mackeldey (§. 290 Note d) dagegen sie ohne weitere Bemerkung den rusticae servitutes anreiht, und Schweppe (§. 289) ohne allen Grund diese Meinung des Neratius für eine Singularität, oder das Wort rusticorum für corrumpirt erklärt. Ferner wird ganz allgemein (bei Thibaut, Valett, Seuffert, Lang, a. a. O., bei Konopak §. 273, Glück Commentar Bd. 10 S. 127, Mackeldey §. 289, Wening B. II §. 82, Schweppe §. 289) die servitus ne prospectui officiatur als eine urbani praedii servitus angesehn; allein man braucht sie gar nicht auf diesen Fall zu beschränken. Denn da sie ganz allgemein das Recht enthält, zu verlangen, daß mir ein Anderer die Aussicht nicht verbaue, so läßt sich dieß auch bei einem Garten denken. Man erinnere sich z. B. des herrlichen Schwetzinger Gartens, aus dem man ja einen Prospektus nach der entlegenen Kirche des Dorfes Ketsch hat. Wollte hier ein zwischenliegender Gutsbesitzer durch eine hohe häßliche Scheune, oder sonst eine bleibende Vorrichtung, die Aussicht nach dem Kirchthurm vernichten, gewiß würde der Großherzog die Bestellung einer Servitut, ne prospectui officiatur von dem Eigenthümer sich zu erkaufen wissen. Endlich wird von den Neuern ohne Ausnahme (v. Thibaut §. 608, Konopak §. 274, Wening B. II §. 86, Glück Commentar Bd. X S. 190, Seuffert §. 165, Valett §. 300, Mackeldey §. 290, Lang §. 201 a. a. O.) der aquaeductus als rustica servitus aufgeführt, während in der Natur der Verhältnisse nichts liegt, daß wir ihn nicht auch einem urbanum praedium bestellen könnten, und es im fr. 11 §. 1 De publiciana 6, 2 ganz deutlich heißt: Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam; forte si per domum quis suam passus est, aquaeductum transduci. Wahrscheinlich wurde auch unter den Römischen Juristen über die Natur mehrerer Servituten gestritten, da wir im §. 2 I. de serv. 2, 3 lesen: In rusticorum praediorum servitutes quidam computari recte putant aquae haustum,

zuhandeln, und dann erst den Begriff der Servituten negativ [14]) dahin zu bestimmen, daß alle iura in re, welche nicht Emphyteusis, Superficies oder Pfandrecht heißen, Servituten sind. In einer solchen Ordnung aber die iura in re folgen zu lassen, dafür spricht theils der äußere Umstand, daß auch in Justinians Digesten zwischen den Eigenthumsklagen und den Servituten die Klage aus der Emphyteusis im dritten Titel des sechsten Buches abgehandelt wird, theils der innere Grund, daß sich die Emphyteusis sowohl, wie die Superficies ihrer Natur nach noch viel näher an das Eigenthum anschließen, als selbst die umfassendste persönliche Servitut, der Ususfructus.

Genau aber mit diesem gewöhnlich zu weit gefaßten Begriffe der Servituten stehn auch folgende Bemerkungen in Verbindung. Es ist in der Abhandlung der Lehre von den Servituten sehr gewöhnlich, allgemeine Grundsätze von den Servituten überhaupt voranzuschicken. Die wichtigsten derselben sind folgende:

1) Eine Servitut ist nur an einer fremden Sache möglich [15]). Allein daß diese Regel für alle iura in re gelte, ist unbestreitbar.

---

pecoris ad aquam appulsum, ius pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.

14) Es wäre ebenfalls sehr passend, wenn man in den Systemen zuerst stets die Definition der in personam actiones geben möchte, da diese, als auf einer obligatio beruhend, positiv ausfallen kann, und dann die Definition der in rem actiones folgen ließe, weil diese negativ alle übrigen nicht persönlichen Klagen begreift.

15) Thibaut a. a. O. §. 604 A; Glück Commentar Bd. 9 S. 6; Günther principia §. 621; Seuffert a. a. O. §. 160, 1; Mackeldey §. 276, 1. Die Regel Mackeldeys a. a. O., daß eine

2) Eine Servitut kann nur in non faciendo oder in patiendo nicht aber in faciendo bestehn [16]). Daß aber diese Behauptung für alle iura in re gelte, geht ja daraus hervor, daß sie alle vom Eigenthume abgelöste Bestandtheile desselben sind, in ihnen also Nichts liegen kann, was nicht auch zu den Befugnissen des Eigenthümers gehört.

3) Die Servitut muß dem berechtigten Subject [17]) irgend

Servitut auch nur an einer körperlichen Sache gedacht werden könne, ist bei ihm unrichtig, da er die Emphyteusis und Superficies zu den unkörperlichen Sachen zählt, an ihnen aber doch (§. 296 № 2, §. 301 № 4) Servituten gestattet.

16) Thibaut a. a. O. §. 604 B; Glück a. a. O. Bd. 9 S. 9; Günther principia §. 621. II; Mackeldey a. a. O. §. 276 № 2; Wening a. a. O. B. II §. 68; Seuffert a. a. O. §. 160 № 3; Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 298 № 5.

17) Daß man bei den sog. Prädialservituten das praedium selbst das berechtigte Subjekt nenne (Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 298 № 3), mag immerhin zugestanden werden, aber dasselbe dieserhalb eine juristische Person zu heißen, halte ich nicht für richtig. Auch hat sich schon Mühlenbruch Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles S. 164 Note 115 gelegentlich dagegen erklärt. Wären solche praedia, quibus servitutes debentur, juristische Personen, so müßte man den Eigenthümer mehrerer praedia dominantia als einen homo, qui plures sustinet personas ansehn, oder, da das Grundstück selbst seine Rechte nicht ausüben, und auch kein Mandat dazu ertheilen kann, den Eigenthümer des Grundstücks, der dessen Rechte ausübt, nur als negotiorum gestor behandeln, und ihm daher nur eine utilis, nicht eine directa confessoria actio zugestehn, was doch gegen die Ansichten der Römischen Juristen ist. Will man hier den Begriff der juristischen Person retten, so kann man es nur dadurch, daß man die Reihe der Eigenthümer des Grundstücks als juristische Person betrachtet, gerade wie die Reihe der Thronfolger, nicht der Thron, eine juristische Person bildet. So scheint Hugo Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts Berlin

einen Vortheil gewähren [18]). Eine ähnliche Regel muß auch im Pfandrechte aufgestellt werden, indem nur solche Sachen Gegenstände des Pfandrechts sein können, die dem Gläubiger Sicherheit gewähren [19]); allein in der That scheint eine solche Regel durchaus zu weit zu sein, da sie für alle Rechtsverhältnisse als Regel aufzustellen und daher auch für persönliche [20]) und Grunddienstbarkeiten [21]) nicht ohne Ausnahme ist.

4) Die Servitut begründet ein dingliches Recht an der dienstbaren Sache [22]). Natürlich muß dieß auch bei den

---

1826 S. 29) die Sache ansehn zu wollen, wenn er sagt: »das Römische Recht erwähnt die an sich so sehr natürliche Vorstellungsart nicht besonders, nach welcher oft mehrere Menschen juristisch nur für eine Person angesehn werden, wenn es gleich nicht nöthig ist, daß ihrer zu derselben Zeit Mehrere seyen. Im Privatrechte gehörte hierher die Verbindung der jeweiligen Besitzer einer Sache zu Einer Person, aber da nennen die Römer die Sache selbst.« Vergl. noch fr. 20 §. 1 De annuis legatis 33, 1.

18) Thibaut a. a. O. §. 604. G; Glück a. a. O. S. 12; Mackeldey §. 276 № 3; Valett a. a. O. §. 289; Hartitzsch a. a. O. № 6.

19) Vergl. Glück Commentar Bd. 14 S. 22 §. 863.

20) fr. 12 §. 3 De usufructu 7, 1 Saepe, etiamsi praesentibus servis non utamur, tamen usumfructum retinemus, utputa aegrotante servo, vel infante, cuius operae nullae sunt, vel defectae servitutis homine. Nam etsi agrum aremus, licet tam sterilis sit, ut nullus fructus nascatur, retinemus usumfructum. Vergl. Vaticana fragmenta de usufructu p. 1 l. 7 ff. §. 89.

21) fr. 19 De servitutibus 8, 1 Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui ducere non expediret; nihilominus constitui ea servitus possit; quaedam enim habere possumus, quamvis ea utilia nobis non sunt.

22) Mackeldey a. a. O. № 4; Glück a. a. O. Bd. 9. S. 5. Hartitzsch a. a. O. № 1.

übrigen iura in re gelten; denn wenn gleich beim nominis pignus diese Regel eine Ausnahme erleidet, so auch bei einem Falle des ususfructus pecuniae [23]).

5) Im Zweifel wird nie vermuthet, daß eine Sache mit einer Servitut belastet sei [24]). Diese Regel ist gar nicht aus der Natur der Servituten geschöpft, sondern geht aus der beim Eigenthum geltenden Regel hervor, daß jedes Eigenthum als unbelastetes Eigenthum angesehn werden müsse, also als frei von allen iura in re aliena.

6) Mackeldey [25]) stellt noch diese Regel auf, daß nur derjenige, welcher Eigenthümer einer Sache ist, dieselbe mit einer Servitut belasten und für dieselbe eine Servitut erwerben könne. Allein diese Regel gilt fast mehr für die Emphyteusis und Superficies, als für die Servituten und das Pfandrecht, da auch eine Emphyteuta und ein Superficiar ihre Emphyteusis und Superficies verpfänden und mit Servituten belasten können [26]).

---

23) Vergl. Mühlenbruch die Cession der Forderungsrechte Zweite Ausgabe S. 483 ff.

24) Thibaut a. a. O. §. 604 D; Mackeldey a. a. O. §. 276 № 5; Glück a. a. O. Bd. 9 S. 156.

25) a. a. O. № 6.

26) Ebenso ist es offenbar zu beschränkt, wenn Mackeldey in seinem Lehrbuche §. 307 behauptet, ein Pfandrecht »kann nur derjenige einräumen, welcher Eigenthümer der zu verpfändenden Sache ist.« Denn hieraus würde folgen, daß weder der Pfandcreditor, noch der Servitutberechtigte, weder der Emphyteuta, noch der Superficiar das Recht der Verpfändung hätten! Und wie nun endlich, wenn das zu verpfändende Objekt eine Forderung ist? Daher scheint es wohl richtiger zu seyn: ein Pfandrecht kann nur Derjenige einräumen, welchem die Gesetze freie Dispositionsbefugniß über das zu verpfändende Objekt gegeben haben, Vergl. die letzte Abhandlung.

Funfzehnte Abhandlung.

Ueber eine bei der habitatio behauptete Eigenthümlichkeit.

Ganz allgemein ist die Behauptung der neuern Juristen, daß bei der habitatio folgende Eigenthümlichkeit eintrete. Wenn sie inter vivos eingeräumt sey ohne Gegenleistung, so könne sie von den Erben des Schenkenden widerrufen werden, und man führt zum Beweise dafür fr. 27 [1]) und fr. 32 [2]) De

1) Papinianus libro XXIIX Quaestionum. Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo, eoque uti. Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus: et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi, non meram donationem esse; verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum; ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse; quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit; quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi accepit.

2) Scaevola lib. V Responsorum. Lucius Titius epistolam talem misit: Ille illi salutem. Hospitio illo, quamdiu volueris, utaris

donat. 39, 5 an [3]). Auffallend ist diese Behauptung, wenigstens bei denjenigen Schriftstellern, welche Savignys trefflichen Aufsatz über die lex Cincia [4]) gelesen haben, und daher die für das Justinianische Recht passende Interpretation dieser Stellen kennen sollten.

Beide Stellen handeln nur von der Giltigkeit einer Schenkung, weshalb sie auch im Titel de donationibus, und zwar beide in der Papinianus-Reihe [5]) vorkommen. Daß der Gegenstand dieser Schenkung gerade eine habitatio ist, scheint für die Ungiltigkeit der Schenkung durchaus von keinem Einflusse zu seyn. Auch kann die Ansicht Thibauts [6]), daß die habitatio ein Allmosen sey, kein richtiges Prinzip zur Erklärung beider Stellen an die Hand geben, indem die erste, Was gegen die aufgestellte Ansicht zu seyn scheint, den Erben des Schenkenden den Widerruf der Schenkung verweigert, die andere Stelle ihn zuläßt.

---

superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio. Quaero, an heredes eius habitationem prohibere possunt? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem.

3) Thibaut (Civilistische Abhandlungen S. 25; Dessen Pandekten §. 616 Note c; Wening Lehrbuch B. II §. 79 Note w; Mackeldey Lehrbuch §. 284 Note d; Seuffert Pandekten §. 172 Note 5; Valett Pandekten §. 296 Note 92; Lang Lehrbuch der Institutionen §. 206 Note a; Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 319.

4) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 4 № 1.

5) a. eben a. O. Bd. 4 S. 464.

6) Civilistische Abhandlungen № 2.

Betrachten wir beide Stellen nach dem Rechte, welches zur Zeit ihrer Verfasser, Papinian und Scävola, galt, so finden wir leicht darin eine für das damalige Recht sehr wichtige Uebereinstimmung, die nämlich, daß in beiden Fällen die Schenkung durch einen Brief vollzogen ist [7]). Eine epistola aber, die oft bei Schenkungen erwähnt wird [8]), hatte nicht die Wirkung einer Stipulation, sondern nur die Wirkung eines pacti, so daß nach vorjustinianischem Rechte eine solche Schenkung theils nicht klagbar war [9]), da erst Justinian die Schenkungen, die auf einem pactum beruhten, für klagbar erklärte [10]), theils auch die bereits erfüllte Schenkung widerrufen, und der Widerruf durch eine legis Cinciae replicatio geltend gemacht werden konnte, sobald die geschenkte Wohnung durch ihre Fortsetzung den modus legis Cinciae über-

7) »ad Nicostratum ita scripsit fr. 27 cit.; epistolam talem misit fr. 32 cit.

8) Vergl. Vaticana fragmenta quando donator p. 6 l. 6 (§. 263) per epistnlam citra stipulationem donavit; ebenda p. 10 l. 2 (§. 281), und die in meiner Ausgabe der Fragmente daselbst citirten Stellen, vorzüglich fr. 1 §. 1 D. quib. mod. pignus 20, 6, und dazu Francke Civilistische Abhandlungen Göttingen 1826. S. 50.

9) Vielleicht läßt sich auch nach dieser Ansicht über die epistola das fr. 5 De pollicit. 50, 12 erklären, wobei man freilich mit Bucher (Recht der Forderungen §. 12 Note d) und Marezoll (in seiner Zeitschrift Bd. I S. 370 ff.) annehmen muß, daß hier die pollicatio per epistolam ohne vorgängige causa geschehen sey, weil sonst die pollicitatio in jeder Form genügte, um eine praescriptis verbis actio, gleichwie bei einem sogenannten Innominat-Contract, hervorzubringen. Daß ein Schenkungsversprechen per epistolam als eine pollicitatio zu behandeln sey, ist übrigens schon eine sehr alte Ansicht. Vergl. das Scholion zum §. 263 der Vaticana fragm. in meiner Ausgabe S. 215.

10) c. 35 §. ult C. de donationibus 8, 54.

stieg [11]). Denn nur bei perfecten Schenkungen, d. h. bei solchen, Denen nicht die legis Cinciae exceptio entgegen war, durften die Erben des Schenkers keinen Widerruf ausüben [12]). Es hätte daher eben so gut der Schenkende, als dessen Erbe die Schenkung anfechten können, nur hatte der Erste aus Dankbarkeit dies nicht gethan [13]).

Gemeinsam ist beiden Stellen ferner der Grundsatz, daß die Erben die Fortsetzung der habitatio zu gestatten nicht eigentlich verbunden seyn sollten. Papinian aber, weil in dem ihm vorliegenden Falle die Gestattung der habitatio nicht auf einer reinen Schenkung, sondern auf einem remuneratorischen Geschäfte sich gründete, gestattete hier nicht die Anwendung der Regeln, welche für die Schenkung die lex Cincia vorgeschrieben hatte.

Dieß wäre genügend, um die Stellen zu erklären, wie ihre Verfasser selbst sie verstanden haben, und man könnte sagen, nur durch ein Versehn wären sie in Justinians Sammlung aufgenommen. Dies mag immerhin der Fall seyn, so ist es doch nunmehr Pflicht des Interpreten, sie mit dem bestehenden Justinianischen Rechte in Harmonie zu bringen, und deshalb muß man beide Stellen, von solchen freien Wohnungen verstehn, deren jährlicher Werth [14]) mehr als 500 solidi betrug, und wobei die Insinuation der Schenkung versäumt

11) Vaticana fragmenta quando donator p. 16 l. 1 (§. 312); Savigny a. a. O. S. 50.

12) Vaticana fragmenta quando donator p. 6 l. 16 ff. (§. 266).

13) Savigny a. a. O. S. 49.

14) c. 34 §. 4 C. de donat. 8, 54.

war [15]). War nämlich bei einer so großen Schenkung die Insinuation versäumt, so war die Schenkung nichtig [16]). Im fr. 27 liegt nun aber, wie gesagt, eine remuneratorische Schenkung zum Grunde und darum können wir auf sie ebenso wenig die Regeln von dem Widerrufe der Schenkung als die Regeln von der Insinuation anwenden [17]). Marezoll [18]) behauptet freilich aus mehreren Gründen, daß eine remuneratorische Schenkung, so gut wie eine jede andere, der Insinuation bedürfe. Doch wenn man annimmt, daß fr. 27 nur durch ein Versehn in Justinians Compilation aufgenommen sey, so ist dasselbe auch für seine Ansicht kein Hinderniß.

---

15) Savigny a. a. O, S. 51.

16) c. 36 §. 3 C. de donat. 8, 54.

17) Vergl. Pauli Receptae Sententiae V, 11 §. 6; fr. 34 §. 1 De donat. 39, 5.

18) in seiner Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. S. 30 ff.

Sechszehnte Abhandlung.

Die (servorum oder animalium) operae gehen nicht auf die Erben über.

Allgemein wird von den operae folgende Eigenthümlichkeit behauptet, diese Servitut habe das Eigene, daß sie nicht mit dem Tode des Berechtigten erlischt, sondern auf dessen Erben übergeht [1]). Da es aber eine allgemein anerkannte und nicht zu bezweifelnde Regel ist, daß alle Personalservituten mit der physischen Person des Berechtigten erlöschen, und nicht auf die Erben übergehen, so muß eine solche der Natur dieser Servituten widersprechende Ausnahme uns mißtrauisch gegen deren Richtigkeit machen. Jedoch müßten wir dem klaren Buchsta-

1) Thibaut Pandekten §. 617; Günther principia §. 659; Bucher System der Pandekten Dritte Ausgabe §. 198; Glück Commentar Bd. 9 S. 383 u. S. 429; Mackeldey Lehrbuch §. 285; Wening Lehrbuch B. II §. 79 Note z; Valett Pandekten §. 296; Schweppe Pandekten §. 302.

den des Gesetzes weichen, wenn er sich fände. Allein dieser findet sich nicht. Denn der Beweis für jene postulirte Annahme soll in fr. 2 De usu et usufructu, et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis 33, 2 [2]) liegen, namentlich in den Worten quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit. Dieser Satz wird nun allgemein so erklärt: weil der zu den operis berechtigte Legatar kein Fructuar ist, bei Diesem aber seine Berechtigung nicht auf die Erben übergeht, so geht bei dem zu den operis Berechtigten seine Befugniß auf die Erben über. Der Uebergang auf die Erben ist nun zwar nach unsrer Ueberzeugung begründet, allein durchaus nicht in der geforderten Ausdehnung.

Alles kommt hier auf eine richtige Auslegung der Worte legatum transmittit an. Diese Worte transmittitur oder transfertur legatum stehn mit dem dies legati cedens in einer so engen Verbindung, daß Jenes als die nothwendige Wirkung von Diesem angesehen werden muß [3]). Bei einem unbedingten Legate nun erwirbt der Legatar das Recht auf dasselbe (dies legati cedit) sogleich im Augenblicke des Todes

2) Papinianus libro XVII Quaestionum. Hominis operae legatae capitis diminutione vel non utendo non amittuntur. Et quoniam ex operis mercedem percipere legatarius potest, etiam operas eius ipse locare poterit. Quas si prohibeat heres capi, tenebitur. Idem est, et si servus se locaverit. Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit; sed servo usucapto legatum perit.

3) Vergl. *Averanius* Interpretationes lib. IV cap. 8 §. 2; *Hepp* Diss. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lipsiae 1825 p. 74 §. 23; und fr. 2, fi. 12 §. 7 D. quando dies legatorum 36, 2.

des Erblaſſers, ſo daß, wenn er vor Antretung der Erbſchaft ſtirbt, er dennoch auf ſeine Erben ſein ihm hinterlaſſenes Recht transmittirt, d. h. die Erben des Legatars erlangen das Recht, ſobald der Erbe angetreten hat, von dieſem die Beſtellung des Legates zu fordern [4]). Von dieſer Regel findet ſich aber bei dem legirten Ususfructus eine Ausnahme. Dieſer nämlich wird nicht im Augenblicke des Todes des Erblaſſers erworben, alſo auch nicht auf die Erben des Fructuars transmittirt, im Falle, daß der Fructuar vor dem Antritte der Erbſchaft ſtirbt, ſo daß daher in ihrer Perſon der Ususfructus nicht beginnen kann [5]). Dieſe Ausnahme, die beim legirten Ususfructus gilt [6]), ſoll nun nicht für die legirten operae gelten, weil ſie facti, nicht

---

4) fr. 5 §. 1 D. eod. Itaque si purum legatum est, ex die mortis eius cedit. Si vero post diem sint legata relicta, simili modo, atque in puris dies cedit, nec si forte id fuit legatum, quod ad heredem non transit. Nam huius dies non ante cedit, utputa si ususfructus sit post annum relictus; hanc enim sententiam probamus. Vergl. c. un. §. 1 C. de caduc. toll. 6, 51.

5) fr. 2 D. quando dies legat. 36, 2. Si pure sit ususfructus legatus, vel usus, vel habitatio; neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit; idem, et si ex die sit ususfructus relictus. Hier werden auch nur Ususfructus, Usus und Habitatio genannt, nicht die Operae. Vergl. noch fr. 3, fr. 5 pr. Vergl. §. 1, fr. 9 D. eod.

6) Eine Ausnahme, welche Labeo nicht anerkennen wollte; Vaticana fragmenta de usufructu p. 3 l. 15 (§. 60) Dies autem ususfructus, ut usus, non prius cedet, quam adita hereditate. Et Labeo quidem putabat, etiam ante aditam hereditatem cedere diem usufructus, sicuti ceterorum legatorum. Sed est verior Iuliani sententia, in usufructu diversam esse rationem. Tunc enim constituitur usufructus, cum quis iam frui potest.

iuris, waren [7]), sondern dieselben sollen nach den gewöhnlichen Regeln der Legate, und nicht nach den Regeln, welche für die persönlichen Servituten galten, behandelt werden. Derjenige also, welchem operae pure hinterlassen sind, erwirbt das Recht auf dieselben sogleich im Augenblicke des Todes des Erblassers, so daß, wenn er vor Antretung der Erbschaft stirbt, sein Erbe diese operae fordern kann. Hier tritt nun allerdings der Erbe in die Stelle des ursprünglich berechtigten Legatars ein. Aber auch nur in diesem Falle. Natürlich tritt ganz dasselbe ein, wenn ex die certo die operae hinterlassen sind. Denn erlebt der Bedachte auch diesen Zeitpunkt nicht, so wird doch, wenn er nur nach dem Erblasser stirbt, das Recht der operae in der Person des Erben realisirt werden.

Daher tritt niemals der Erbe in die Befugniß ein, wenn der Legatar stirbt, nachdem er schon eine Weile der operae sich bedient hat, oder wenn die Berechtigung zu den operae auf einen andern Grund, als auf ein Vermächtniß, sich stützt. Stirbt daher mit Ausnahme des einzigen in fr. 2 De usu et usufr. 33, 2 angegebenen Falles der zu den operae Berechtigte, so erwirbt sein Erbe niemals die operae, sondern das beschränkte Recht des Eigenthums wird jetzt zu einem unbeschränkten. Hieran können wir eine ähnliche das Precarium betreffende Bemerkung anschließen.

---

7) fr. 1 §. 9 D. ad legem Falcid. 35, 2. Sed operis servi legatis, cum neque usus, neque ususfructus in eo legato esse videtur, necessaria est veterum sententia, ut sciamus, quantum est in legato; quia necessario ex omnibus, quae sint facti, pars decedere debet, nec pars operae intelligi potest.

Nicht selten lesen wir [8]) die Behauptung, daß mit dem Tode des Empfängers das Precarium erlischt, wenn es nicht ausdrücklich oder stillschweigend verlängert wird. Der unbestreitbare Hauptsatz ist leicht durch fr. 12 §. 1 De precario 43, 26 [9]) bewiesen; die Ausnahme aber, welche bei einer stillschweigenden Verlängerung zu Gunsten des Erben behauptet wird, will man durch fr. 4 §. 4 D. eod. [10]) bewiesen finden. Hier heißt es aber nur: ist das Precarium auf eine bestimmte Zeit eingegangen, und bleibt der Precist nach derselben noch im Besitze der hingegebenen Sache, so soll das Precarium als stillschweigend verlängert angesehen werden. Diese Stelle sagt daher nur so viel: so wie [11]) die Hinzufügung einer bestimmten Zeit dem Bewilligenden keinen Zwang auflegt, indem er das precarium früher widerrufen kann, so ist auch auf der andern Seite dem Precisten nicht die Pflicht auferlegt, diesen Termin einzuhalten, sondern er

8) So z. B. bei Mackeldey Lehrbuch §. 438, Günther principia §. 1069 Note n; Bucher Recht der Forderungen §. 110 S. 384.

9) Precario rogatio et ad heredem eius, qui concessit, transit: ad heredem autem eius, qui precario rogavit, non transit; quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est.

10) Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiamsi ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur; intelligitur enim dominus, cum patitur eum, qui precario rogaverit possidere, rursus precario concedere.

11) nach fr. 12 pr. De precario 43, 26. Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Kalendas Iulias precario possideat: numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

kann, wenn er nicht gemahnt wird, den Besitz und Gebrauch fortsetzen, ohne für den letztern den Eigenthümer entschädigen zu dürfen. Anders aber ist es beim Tode des Precisten, weil dadurch das Precarium als ein höchst persönliches Recht ipso iure aufgehoben wird [12]). Setzt daher hier der Erbe des Empfängers das Precarium fort, so macht er sich überall der solvendi mora schuldig, und wird auch zur Rückgabe des genossenen Vortheils verpflichtet.

Bei den animalium operae wird übrigens nirgends bemerkt, was doch bemerkt werden sollte, daß der Berechtigte nur allen erlaubten Nutzen von den Thieren zu ziehen berechtigt sey. Denn wiewohl dieß die Quellen nur von den servorum operae sagen [13]), so gilt dasselbe auch ganz bestimmt von den animalium operae. Ein Reitpferd z. B., dessen operae legirt sind, darf sicher nicht vom Legatar in einer Tretmühle zum Arbeiten gebraucht werden.

---

12) Savigny Besitz Fünfte Ausgabe S. 511.

13) Cum de servi operis artificis agitur, pro modo restituendae sunt; sed mediastini secundum ministerium; et ita Melx scribit. fr. 6 pr. De operis servorum 7, 7.

Siebzehnte Abhandlung.

Von der Aufhebung der Servituten.

Will man im Allgemeinen angeben, auf welche Weise alle Servituten erlöschen, so ist vielleicht folgende Uebersicht als die zweckmäßigste aufzustellen.

Alle Servituten hören auf entweder durch den Untergang ihres Objekts, oder dadurch, daß sich das durch die Servitut beschränkte Eigenthum, rücksichtlich dieser Servitut [1]), in ein freies verwandelt [2]).

---

1) Dieser Zusatz ist nothwendig, weil ja ein Grundstück mit mehreren Servituten belastet seyn, und eine nach dem Aufhören der andern noch fortbestehn kann, weshalb dem Eigenthümer noch immer sein Grundstück belastet bleibt.

2) Es ist dieß eine Haupteintheilung, welche auch für die Erlöschung der Superficies und Emphyteusis als die passendste erscheint.

Die Wahrheit dieser beiden Regeln durch passende Beweisstellen nachzuweisen, nämlich daß sie alle Fälle in sich enthalten, soll in dem Folgenden versucht werden.

1. Alle Servituten erlöschen durch den Untergang des Objekts.

Für den Ususfructus [3]) wird diese Regel bewiesen durch die sogenannte Legaldefinition in fr. 2 De usufructu 7, 1. Est enim ususfructus ius in corpore, quo sublato, et

3) Es wird hier stets nur von dem verus ususfructus, nicht von dem quasi ususfructus, die Rede seyn, für den bekanntlich verschiedene Regeln gelten. fr. 9, fr. 10 pr. De usufr. earum. 7, 5. Doch müssen wir uns gegen die Behauptung einiger Neuern, z. B. Glück Pandekten Bd. 9 S. 391; Mackelbey Lehrbuch §. 282; Seuffert Pandekten §. 170; Lang Lehrbuch des Justinianisch Römischen Rechts Mainz 1830. 8. §. 205, verwahren, welche den wesentlichen Unterschied zwischen dem Quasiususfructus und dem eigentlichen darin setzen, daß bei jenem das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übergehe. Denn diese Behauptung ist nicht überall begründet. Bei dem omnium bonorum ususfructus, dem ursprünglichen quasiususfructus, fr. 1 De usufr. ear. 7, 5, wird nämlich der Berechtigte nur Eigenthümer an den verbrauchbaren, nicht an den unverbrauchbaren Sachen, welche sich in diesem Vermögen befinden. Am wenigsten aber kann er das Eigenthum an den ausstehenden Capitalien vindiciren, sondern ihm steht nur ein Recht an den Zinsen zu, fr. 24 pr. De usu et usufr. 33, 2. Ist nun aber ein einzelnes nomen Gegenstand des quasiususfructus, so ist, wenn ich dem Debitor bloß die Zinsen der Schuld erlasse, fr. 3 De usufr. ear. rer. 7, 5, sicher kein Eigenthum begründet; eben so wenig, wenn ich Jemandem die Erlaubniß gebe, in meinem Namen die Zinsen von meinem Schuldner für sich einzuziehn. Nur dann läßt es sich beim nominis ususfructus vertheidigen, daß der Berechtigte Eigenthümer der res fructuaria werde, wenn ich ihm auch die Erlaubniß zur Eintreibung des Capitals gegeben habe, und er sich dieser Erlaubniß mit Erfolg bedient hat. Vergl. Mühlenbruch Cession Zweite Ausgabe. S. 484, 485 Note 15 a.

ipsum tolli necesse est [4]). Thibaut [5]), Konopak [6]), Wening [7]) und Valett [8]) führen auch fr. 12 pr. §. 1. D. quibus mod. usufr. 7, 4 ebenfalls als Beweisstelle an. Allein lesen wir die Worte des Principii [9]) und des ersten Paragraphen [10]), so zeigt sich deutlich, daß hier gar nicht von der Vernichtung eines bestehenden Usufructus die Rede ist, sondern von dem Widerrufe eines Legates, freilich hier eines legirten Usufructus, wobei aber gar nicht einmal eine unterscheidende Eigenthümlichkeit von den übrigen Legaten eintritt. Ganz dasselbe gilt von fr. 36 pr. De usufructu 7, 1. [11]),

4) Vergl. §. 3 I. de usufr. 2, 4 si aedes incendio consumptae fuerint, vel etiam terrae motu, vel vitio suo corruerint, exstingui usumfructum, et ne areae quidem usumfructum deberi; fr. 5 §. 2 §. 3, fr. 10 §. 1... §. 8, fr. 30, fr. 31 D. quib. mod. ususfr. 7, 4.

5) Lehrbuch des P. R. §. 622 Note e.

6) Institutionen §. 289 Note z.

7) Lehrbuch des h. R. R. Buch II §. 102 Note x.

8) Lehrbuch des P. R. §. 310 Note 46.

9) Si cui balinei ususfructus legatus sit, et testator habitationem hoc fecerit; vel si tabernae, et diaetam fecerit, dicendum est, usumfructum exstinctum.

10) Proinde et si histrionis reliquerit usumfructum, et eum ad aliud ministerium transtulerit, exstinctum esse usumfructum, dicendum erit.

11) Qui usumfructum areae legaverat, insulam ibi aedificavit. Ea vivo eo decidit vel deusta est. Usumfructum deberi existimavit. Contra autem non idem iuris esse, si insulae usufructo legato, area deinde insula facta sit. Idemque esse et si scyphorum ususfructus legatus sit, deinde massa facta, et iterum scyphi. Licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum ususfructus legatus sit.

welches Thibaut [12]) und Wening [13]) bei einer ähnlichen Gelegenheit anführen. Für den Usus dürfen die Aufhebungsarten nicht noch besonders bewiesen werden; denn es heißt im pr. I. de usu 2, 5. Iisdem illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit [14]). Für die Prädial-Servituten giebt es hierüber keine beweisende Stelle. Doch finden wir bei den Neuern nicht selten Beweisstellen angeführt. So wird nicht blos von Konopak [15]) fr. 14 pr. D. quemadm. serv. 8, 6 [16]) dafür angeführt, daß durch »gänzlichen Untergang der Sache« die Servituten verloren gehn. Allein theils ist ja hier nur von einem Ueberschwemmen desjenigen Platzes die Rede, der zum Wege diente, nicht des ganzen Grundstücks, theils ist ja auch dieser Platz selbst nicht untergegangen, sondern nur für eine Weile überschwemmt. Der Schluß aus dieser Stelle, welchen z. B. Seuffert [17]) versucht, eine Servitut höre auf, wenn sie die Eigenschaft verliert,

12) a. a. O. Note i.

13) a. a. O. Note a und b.

14) Vergl fr. 3 §. 3 De usufr. 7, 1.

15) a. a. O. §. 278 Note z. So auch Günther principia §. 638 Note f.

16) Si locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quod si id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est. Man muß sich diesen Fall so denken, daß der Weg längs einem Flusse hinlief. Das Flußbette wurde einmal breiter, so daß es den ganzen Weg bedeckte; allmählig aber fiel der Fluß wieder, so daß der ursprüngliche Weg wieder gangbar wurde.

17) Pandekten §. 178.

wodurch die Ausübung der Servitut bedingt war, ist nicht zuzugeben, denn es wird ja hier ausdrücklich gesagt, daß erst durch den Zeitablauf die Servitut für verloren erklärt wird (intra id tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit) [18]). Das fr. 8 pr. D. eod., welches Konopak a. a. O. ebenfalls für diesen Fall anführt, spricht gar nicht von diesem Falle, sondern von dem Verluste der Servitut durch Verzicht darauf, bei welcher Gelegenheit es auch Konopak selbst wieder (Note b) anführt. Das fr. 20 §. 2 De S. P. U. 8, 2 endlich, welches häufig [19]) für diese Behauptung citirt wird, bestätigt nur die Regel für den Ususfructus. Die Worte desselben lauten so: si sublatum sit aedificium, ex quo stillidicium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur. Nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur; et ideo sublato aedificio usus-fructus interit. In dieser Stelle ist nun im Anfange nach einer ganz allgemeinen Ansicht [20]) von der stillicidii recipiendi servitus die Rede, und die Worte si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, können daher nur bedeuten: wenn das herrschende Grundstück zu Grunde gegangen

---

18) Si in area, cuius usufructus alienus esset, quis aedificasset intra tempus, quo usufructus perit, superficie sublata, restitui usumfructum, veteres responderunt fr. 71 De usufr. 7, 1.

19) Thibaut a. a. O. §. 622 Note r; Wening a. a. O. Buch II §. 102 Note w; Mackeldey Lehrbuch des h. R. R. §. 292 Note h; Konopak a. a. O. §. 278 Note z.

20) Seuffert a. a. O. §. 164 Note 8; Glück Commentar Bd. 10 S. 124 Note 54; Valett a. a. O. §. 299 Note 34; Günther principia §. 630 Note a.

ist, nicht aber, wie es allgemein verstanden wird, wenn das dienende Grundstück zerstört ist. Der Grund, warum so viele eine unrichtige Ansicht von dieser Stelle haben, ist durch die Schuld des Verfassers derselben veranlaßt. Denn weil Paulus so fortschließt, et ideo sublato aedificio ususfructus interit, schlossen die Ausleger zurück, daß, weil hier von der Zerstörung des Objekts einer persönlichen Servitut die Rede sei, auch im Anfange der Stelle von der Zerstörung des Objekts einer Prädialservitut habe die Rede sein müssen. Es ist übrigens leicht erklärlich, warum von der Aufhebung einer Servitut durch den Untergang des praedii servientis in den Quellen nicht die Rede ist. Der Grund liegt darin, weil praedia höchst selten ganz verschwinden, sondern nur an ihrer Oberfläche sich verändern, so daß zwar die superficies, nicht aber das solum verschwindet [21]). — Es versteht sich übrigens von selbst, daß dieser Untergang ein gänzlicher, kein bloß theilweiser sein muß, ungeachtet wir dieß nur für den Ususfructus ausdrücklich bestätigt finden [22]).

II. Alle Servituten erlöschen dadurch, daß sich das durch die Servitut beschränkte Eigenthum rücksichtlich dieser Servitut in ein unbeschränktes verwandelt.

---

21) Wenn daher auch das Gebäude abgebrochen wird, dessen Eigenthümer dem Nachbar die Servitut ne luminibus officiatur schuldig war, so bleibt doch auf dem solum die servitus haften, und geht nicht mit dem Gebäude unter, fr. 31 De S. P. U. 8, 2. Si testamento damnatus heres: ne officeret vicini luminibus, servitutemque praestaret; deposuit aedificium, concedenda erit legatario utilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificium conabitur.

22) fr. 8, fr. 10 pr. §. 1, fr. 25 D. quib mod. usufr. 7, 4; §. 4 I. de usufr. 2, 4 v. totus usufructus.

Zu beschränken ist offenbar die Fassung der Worte, wenn Justinian im §. 4 I. de usufr. 2, 4 sich ausdrückt: cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem. Denn eine beständige Rückkehr zum Proprietar konnte Justinian schon wegen des einen im §. 3 ibid. angeführten Beispiels: si fructuarius proprietatem rei adquisierit, nicht überall annehmen. Nur diesen eben bezeichneten Fall, ohne an den Verlust durch den Untergang des Objekts zu denken, nimmt Glück aus, indem er in seinem Commentar Bd. 9 S. 383. sagt: Ist nun auf die eine oder andere rechtliche Art der Nießbrauch völlig beendigt, so kehrt die Sache, wofern nicht etwa der Usufructuar die Proprietät durch Confusion adquirirt, an den Proprietar wieder zurück.

Dieser zweiten allgemeinen Regel lassen sich folgende specielle Regeln unterordnen:

1) Die Servituten gehen verloren durch den Untergang des zur Servitut berechtigten Subjects.

Von dem physischen Untergange handelt in Beziehung auf den Ususfructus und die übrigen persönlichen Dienstbarkeiten fr. 3 §. 4 D. quib. mod. ususfr. 7, 4 [23]). Für die habitatio beweist den Satz fr. 10 De cap. min. 4, 5 [24]). Für die urbanorum praediorum servitutes ist das bereits

23) Morte quoque amitti usumfructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte exstinguitur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret.

24) Legatum in annos singulos, vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat, videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit.

mitgetheilte fr. 20 §. 2 De S. P. U. 8, 2 beweisend. Daß sich für die rusticorum praediorum servitutes keine Beweisstelle findet, läßt sich aus der schon oben angegebnen Ursache erklären.

Was den juristischen Untergang betrifft, so enthält für den Ususfructus der §. 3 I. de usufructu 2, 4 [25]) den deutlich ausgesprochenen Beweis, daß durch die capitis diminutio magna des Berechtigten der Ususfructus verloren gehe. Auch für den usus sagt §. 1 I. de adquis. per arrog. 3, 10 dasselbe, und fügt hier ausdrücklich hinzu, daß beide Rechte durch die minima capitis diminutio nicht verloren gehn, und beruft sich dabei auf die c. 16 §. 2 C. de usufructu 3, 33 vom Jahre 530, welche diese Neuerung einführte. Allein diese Verordnung spricht nur vom Ususfructus. Nach der ratio legis finden wir nun in den Institutionen auch für den usus den Inhalt des Gesetzes angewendet; und daher hindert uns nichts für die habitatio und die operae Dasselbe anzunehmen, wenn keine Stellen entgegenstehn. Nun wollen aber die Neuern eine solche Stelle in fr. 10 De cap. min. 4, 5 [26]) gefunden haben, wo es von der habitatio heißt: capitis deminutione tamen interveniente perseverat. Diese Worte werden nun ganz allgemein von allen capitis diminutiones verstanden. Allein sehn wir auf den Titel, worin diese Stelle vorkommt, und vergleichen damit fr. 2 pr. desselben Titels, so können wir wohl zu einem andern Resultate gelangen. Der Titel de capite minutis

25) Finitur autem ususfructus ... duabus capitis deminutionibus, maxima et media. Vergl. fr. 1 pr. §. 1 D. quib. mod. us. 7, 4; fr. 8 De annuis. 33, 1.

26) S. die vorvorige Note.

ſcheint freilich ganz allgemein von allen capitis diminutiones zu handeln; allein Paulus ſagt im fr. 2 [27]), daß hier nur von derjenigen capitis diminutio gehandelt würde, welche ſich salva civitate ereignete, alſo von der minima capitis diminutio. Wenn daher hier in dieſem Titel von der capitis diminutio gehandelt wird, ſo iſt darunter nur die minima zu verſtehen, und habitatio capitis diminutione interveniente perseverat heißt: die minima capitis diminutio hat auf die Fortdauer der habitatio keinen zerſtörenden Einfluß. Ebenſo drückt ſich fr. 10 pr. De usu et hab. 7, 8 dahin aus: habitatio ... amittitur nec capitis diminutione d. h. die habitatio wird durch die minima capitis diminutio nicht verloren. Außerdem aber wäre es ja auffallend, wenn eine habitatio von Dem, welcher das Bürgerrecht oder gar die Freiheit verlor, hätte beibehalten werden können. Der zum Sklaven gewordene Bürger konnte ja nichts Eigenes mehr haben, mußte alſo ſeine habitatio verlieren; und der zum peregrinus gewordene Bürger konnte auch nicht die habitatio beibehalten. Denn entweder hatte er durch eine deductio in coloniam latinam die Civität verloren, oder war für Verbrechen durch Deportation beſtraft: in beiden Fällen mußte er ſeinen Wohnort verlaſſen, erlangte aber jedesmal eine andre freie Wohnung dafür, ſo daß ihm das Almoſen einer Wohnung überflüſſig war. Endlich ſpricht für unſere Anſicht der Umſtand, daß der Ususfructus auch Dem, welcher eine capitis minutio erlitten hatte, als repetitus usus-

27) Pertinet hoc edictum ad eas capitis diminutiones, quae salva civitate contingunt. Ceterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat capitis diminutio, cessabit edictum.

fructus hinterlaſſen werden konnte [28]), was eben ſo ganz allgemein von jeder capitis minutio klingt, als die Aeuſſerungen in den Pandecten, daß die capitis minutio den ususfructus aufhebe, (S. oben Note 25); aber ohne Zweifel nur von der minima zu verſtehen iſt. Ganz daſſelbe aber nehmen wir auch von den operae an, indem es von dieſen in fr. 2 De operis serv. 7, 7 heißt operae servi legatae capitis minutione non amittuntur. Doch geſetzt wir wollten hier auch zugeben, daß die claſſiſchen Juriſten ſelbſt den Ausdruck capitis minutio überall in ſeinen drei Beziehungen verſtanden haben, wie Paulus in ſeinen Receptae sententiae III, 6 §. 28 und 29, ſo können wir dies doch nicht nach der durch c. 16 C. de usufr. 3, 33 hervorgebrachten Aenderung. — Von den Prädialſervituten leſen wir ausdrücklich, daß ſie durch capitis diminutio nicht untergehn [29]). Allein ſollten wir hier nicht auch einen juriſtiſchen Untergang des praedii dominantis annehmen können? Faſt ſcheint dieſe Frage bejaht werden zu müſſen. Gerade nämlich, wie der Römiſche Bürger, der eine capitis diminutio minima erleidet, nun aufhört ein sui iuris zu heißen, und alieno iuri subiectus genannt wird, ſo könnte man eine juriſtiſche Veränderung des Grundſtücks darin finden, daß ein bisheriger Weinberg in einen Gemüſegarten verwandelt wird. Nun ſpricht von einem ſolchen Falle fr. 13 pr. De S. P. R. 8, 3 [30]). Allein geſetzt, daß

28) fr. 3 pr. D. quib. mod. ususfr. 7, 4.

29) fr. 3 D. quemadm. serv. 8, 6 Iura praediorum ... capitis deminutione non perire, vulgo traditum est.

30) Die Interpunction dieſer Stelle ſcheint folgender Maßen gemacht werden zu müſſen. Certo generi agrorum adquiri servitus potest, velut vineis; quod ea ad solum magis, quam ad superficiem per-

man hierin einen juriſtiſchen Untergang der herrſchenden Sache fände, ſo wird doch gerade die Fortdauer der Servitut in dieſer Stelle beſtätigt, und ſie kann nur zum Beweiſe dienen, daß wenn eine aufhebende Bedingung, wie z. B. das Aufhören einen Weinberg zu beſtellen, bei der Beſtellung der Servitut den Contrahenten beliebt hat, der Eintritt der auflöſenden Bedingung die Servitut aufhebt.

2) Alle Servituten erlöſchen dadurch, daß der Innehaber der Servitut Eigenthum an dem Gegenſtande (dem corpus) ſeiner bisherigen Servitut unter Lebenden oder von Todes wegen erwirbt.

Den Beweis für den Erwerb unter Lebenden von Seiten des Fructuar enthält unter andern Stellen [31]) das fr. 27 D. quib. mod. usufr. 7, 4 [32]); für den Erwerb unter Lebenden von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grund-

---

tinet, ideo sublatis vineis servitus manebit. Nicht richtig ſcheint es, wenn Glück a. a. O. Bd. 10 S. 260, 261 den Satz: eine bloße Veränderung des dienſtbaren Gutes, bei welcher die Ausübung der Dienſtbarkeit immer noch möglich bleibt, hebt die Servitut nicht auf, durch dieſes Fragment beweiſen will.

31) §. 3 I. de usufr. 2, 4; fr. 17 D. quib. mod. usufr. 7, 4; fr. 4 D. usufr. quemadm. 7, 9. Einen eigenthümlichen, hierher gehörigen, Fall des Erwerbes der Proprietät enthält fr. 10 De damno infecto 39, 2 Si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet.

32) Si servus, in quo ususfructus alienus est, noxae dedatur a domino proprietatis usufructuario, liberabitur, confusa servitute proprietatis comparatione.

stücks fr. 10 i. f. D. Comm. praed. 8, 4 [33]). Beispiele dafür, daß der ususfructus aufhören solle, sobald der Usufructuar durch ein Geschäft von Todes wegen die Proprietät des Gutes, woran ihm der Ususfructus zustand, enthalten fr. 57 De usufr. 7, 1 und fr. 76 §. 2 De legatis II. Auch kann man der allgemeinen Aeusserung des §. 3 I. de usufructu 2, 4 finitur ususfructus ... si fructuarius proprietatem rei adquisierit, hierhin zählen. Für die Grunddienstbarkeiten ist fr. 116 §. 4 De legatis I. [34]) beweisend. Denn hier wird von dem Erben ein Grundstück zu eigen erworben, welches bisher seinem Grundstücke eine Servitut schuldig war, und damit die Servitut aufgehoben [35]).

3) Alle Servituten erlöschen durch den Eintritt der Zeitbestimmung oder Bedingung, bis auf welche die Servitut ausdrücklich bestellt war oder bis auf welche sie nur bestellt werden konnte. Ganz gleichgiltig ist es, ob die Bestellung durch Vertrag, oder Testament, oder, wie beim Usufructus, durch Gesetz bestellt ist.

Was zuerst den Ususfructus betrifft, so liegt der Beweis für die hinzugefügte Zeitbestimmung in c. 12 pr. C. de usufr. 3, 33 [36]), für die hinzugefügte Bedingung im §. 1 der-

33) Si debita fuit servitus, deinde dominium rei servientis venit ad me, consequenter dicitur, exstingui servitutem. Man vergl. noch fr. 1 D. quemadm. serv. 8, 6; fr. 7 §. 1 De fundo dotali 23, 5.

34) Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est, itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit (sive ei fundus heredis), licet confusione dominii servitus exstincta sit, pristinum ius restituendum est.

35) Vergl. fr. 9 D. Comm. praed. 8, 4.

36) c. 12 pr. C. de usufr. 3, 33; fr. 3 pr. D. quib. mod. ususfr. 7, 4; fr. 35 De usu et usufr. 33, 3; fr. 37 De usufr. 7, 1. Späte-

ſelben Verordnung [37]). Bei den Grunddienſtbarkeiten war die Hinzufügung einer ſolchen Bedingung oder Zeitbeſtimmung in den früheſten Zeiten nicht erlaubt, allein ſpäter durchaus zugelaſſen. Nur wirkt ſie auch jetzt nicht ipso iure ſondern per exceptionem. Für Beides enthält fr. 4 pr. De servit. 8, 1 den Beweis [38]). Daſſelbe gilt wegen temporären Rechts des Beſtellers, ſobald deſſen Recht beendet iſt. Für die Richtigkeit dieſes Satzes in Beziehung auf den Usufructus ſpricht fr. 16 D. quibus modis usufr. 7, 4 [39]). Daß der temporäre Eigenthümer eines Grundſtücks daſſelbe nicht länger mit Prädialſervituten belaſten kann, als ihm ſelbſt das Eigenthum zuſteht, dafür ſind fr. 11 §. 1 D. quemadm. serv. 8, 6 und fr. 105 De cond. et dem. 35, 1 beweiſend.

4. Die Servituten erlöſchen durch ausdrückliche oder ſtillſchweigende Veräußerung des zur Servitut Berechtigten an den Proprietar unter Lebenden.

Von der ausdrücklichen Ceſſion des Usufructus an den Proprietar redet §. 3 I. de usufr. 2, 4 Finitur usufructus,

---

ſtens nach hundert Jahren erliſcht der einer Corporation eingeräumte usufructus fr. 56 D. eod.

37) Vergl. die Auth. hoc locum habet zur c. un. C. si secundo nupserit 5, 10, und fr. 15 D. quib. mod. usufr. 7, 4.

38) Nur von der Zuläſſigkeit der Bedingung handelt fr. 3 De serv. leg. 33, 3 cum alteri ex vicinis ... viam sub condicione ... legavit.

39) Si sub conditione mihi legatus sit usufructus, medioque tempore sit penes heredem, potest heres usumfructum alii legare; quae res facit, ut, si conditio exstiterit mei legati, usufructus ab herede relictus finiatur. Glück Commentar Bd. 9 S. 360 Note 93 führt dieſe Stelle, wohl mit Unrecht, zum Beweiſe dafür an, daß ſich der Usufructus ipso iure ende, ſobald die bei der Beſtellung des Usufructus hinzugefügte Reſolutiv-Bedingung zur Wirklichkeit kommt.

si domino proprietatis ab usufructuario cedatur [40]). Von der Remission einer Prädialservitut handelt fr. 15 §. 1 De serv. 8, 1 [41]). Dies kann z. B. durch Schenkung [42]) oder durch Verkauf an den Eigenthümer des praedii dominantis geschehn [43]). Von einer stillschweigenden Entsagung zu Gunsten des Proprietars handelt in Beziehung auf den Fruktuar fr. 64 De usufructu 7, 1. Cum fructuarius paratus est usumfructum derelinquere, non est cogendus domum reficere [44]). Eine stillschweigende Verzichtleistung von Seiten des Servitutberechtigten findet sich in fr. 8 pr. D. quemadm. serv. 8, 6. Die Worte dieser Stelle lauten so: Si stillicidii immittendi ius habeam in aream tuam, permisero ius tibi in area aedificandi, stillicidii immittendi ius amitto. Et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur, et permisero tibi in eo loco, per

40) Vergl. fr. 20 pr. De S. P. R. 8, 3.

41) Servitus itineris .... remitti domino fundi servientis potest.

42) fr. 17 i. f. D. Comm. praed. 8, 4 ... servitus donatione tollitur; fr. 21 De S. P. U. 8, 2.

43) fr. 30 pr. De S. P. U. 8, 2; fr. 34 pr. De S. P. R, 8, 3.

44) Man könnte die Dereliktion des Ususfructus so betrachten wollen, als würde dieser dadurch zu einer res nullius, wo also Jedem das Zugreifen erlaubt, und nicht gerade eine Rückkehr zum Proprietar nothwendig wäre. Allein da in der Dereliktion, geradeso wie in der Cession des Ususfructus, eine gänzliche Veräußerung desselben liegt, eine Cession aber nur zu Gunsten des Proprietars von Wirkung ist, so wird auch die Dereliktion des Usufructus nur für den Proprietar eine günstige Wirkung, und zwar schon ipso iure hervorbringen. Außerdem wird wenigstens in dem Falle, wo dem Fruktuarius die Dereliktion ausdrücklich gestattet ist — weil die Ausgaben bei ihm mehr betragen, als die Einkünfte — kein Dritter zuzugreifen sich bewogen fühlen.

quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto ius viae. Offenbar ist hier der Nachdruck auf permisero zu legen [45]). Dadurch, daß ich die Erlaubniß zu einer solchen Veränderung des dienenden Grundstücks gebe, welche indirekt die mir zustehende Servitut vernichtet, habe ich mittelbar selbst auf die Servitut verzichtet [46]). Einen noch deutlicher sprechenden Fall enthält fr. 4 §. 12 De doli mali 44, 4 [47]). Hier heißt es, wenn der Proprietar mit ausdrücklicher Bewilligung des Fruktuars sein Grundstück verkauft hat, so soll dieß als ein Verzicht auf den Ususfructus angesehen werden.

Von Todes wegen, durch Erbrecht oder Legat, kann nur ein zu Prädial-Servituten Berechtigter seine Befugniß übertragen [48]), nicht der Fruktuar oder Usuar, da deren Recht nothwendig mit ihrem Tode aufhört.

5. Endlich erlöschen alle Servituten durch Nichtgebrauch (non utendo) während 10 Jahre inter praesentes oder

---

45) Dieß ist auch die gewöhnliche Erklärung der Stelle. Vergl. z. B. Günther principia §. 638 Note h.

46) Konopak a. a. O. §. 278 Note z will diese Stelle auch von dem Verluste der Servitut durch gänzlichen Untergang der dienenden Sache verstehn, eine Ansicht, die aber durch die oben gegebene Erklärung dieser Stelle abgewiesen zu seyn scheint.

47) Quaesitum est, si cum fundi usumfructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usumfructum exceptio sit obicienda? Et hoc iure utimur, ut exceptio doli noceat.

48) z. B. fr. 18 De servit. 8, 1 In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt etc.; fr. 116 §. 4 De leg. I... sive ipse fundo heredis servitutem debuit, sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus exstincta sit; Vergl. fr. 84 §. 4 D. eod.

während zwanzig Jahre inter absentes [49]). Doch weichen hier persönliche und Grunddienstbarkeiten von einander ab.

Der Ususfructus soll durch bloßen Nichtgebrauch nicht verloren gehn, sondern nur wenn außerdem ein Anderer ihn durch zehn oder zwanzig Jahre hindurch fortgesetzte Ausübung erworben hat. Die Hauptconstitution, welche dieß verordnet, ist bekanntlich die const. 16 §. 1 C. de usufructu 3, 33, und hier heißt es ganz deutlich: sancimus, nec ipsum usumfructum non utendo cadere [50]); d. h. der bloße Nichtgebrauch soll den Ususfructus nicht aufheben können. Auch führt Justinian hiefür folgende Gründe an: cum multae et innumerabiles causae rebus incidant mortalium, per quas homines iugiter retinere, quod habent, non possunt. Et est satis durum, per huiusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est, welche Gründe nur sagen sollen, daß es dem Kaiser eine Ungerechtigkeit scheine, wenn dadurch allein, daß Jemand den Ususfructus nicht gebrauche, er denselben verlieren solle. Die Regel also: ususfructus non utendo non cadit, ist ganz unbestreitbar. Nur fragt es sich, welche Ausnahme in den unmittelbar an possessum est sich anschließenden Worten (nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindi-

49) Diesen Unterschied erläutert am Besten c. 12 C. de praescr. long. temp. 7, 33.

50) Wenn hier Justinian hinzusetzt: nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu, so setzt er hier einen Einwand voraus, welcher der Einfalt der damaligen Richter wohl verzeihlich war, daß nemlich Jemand, sobald er gestorben, nichts mehr gebrauchen könne, und daß, wenn eine Sache untergegangen sey, diese nicht mehr gebraucht werden könne.

caret, posset eum praesentem vel absentem excludere) [51] enthalten iſt. Hier ſcheint nun wohl kein Bedenken zu ſein, daß man wegen der Ausdrücke praesentia und absentia auf keine andere Einrede ſchließen kann, als auf die dominii exceptio [52], oder die Einrede der zehn oder zwanzig Jahre hindurch fortgeſetzten und vollendeten Verjährung. Daß nun durch bloßen Nichtgebrauch niemals der Ususfructus untergehe, ſondern erſt durch hinzutretende ſogenannte libertatis usucapio, würde auch Niemand bezweifeln, wenn nicht dagegen der §. 3 I. de usufr. 2, 4 zu ſprechen ſchiene, deſſen Worte ſo lauten: Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis diminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus. Quae omnia nostra statuit constitutio. Schon ohne den letzten Zuſatz würde eine Vergleichung mit unſerer const. 16 darauf führen, daß hier die Compilatoren dieſe Verordnung copirt haben. Nämlich die Worte des principii jener Conſtitution: morte fructuarii, vel capitis diminutione, vel non utendo, vel aliis quibusdam non ignoratis modis, wiederholen ſich hier. Da aber im §. 2 der Conſtitution die frühern Regeln über den Verluſt durch capitis diminutio dahin beſchränkt wurden, daß nur zwei capitis diminutiones den Ususfructus aufheben ſollten, im §. 1 aber der Verluſt non utendo dahin beſchränkt wurde, daß zu ihm nicht wie bisher ein kleiner Zeitablauf, ſondern ein großer (tempus) und außerdem ein gewiſſes Verhalten (modus) des Proprietars der dienenden Sache hinzukommen müßte, ſo nahmen dieß die Compilatoren zugleich auf, indem

51) Im §. 2 derſelben Conſtitution heißt es: nisi praedictae exceptionis vigor reclamaverit.

52) So heißt eine Einrede im fr. 16 De publiciana 6, 2.

sie nicht allgemein capitis diminutione, sondern capitis diminutionibus, maxima et media setzten, und, statt non utendo allein, den allerdings nicht ganz deutlichen Zusatz per modum et tempus hinzufügten. Daß aber die angegebene Bedeutung der Worte per modum et tempus die richtige sei, leuchtet noch mehr aus des Theophilus Paraphrase zu dieser Stelle ein, wo die in Frage stehenden Worte so lauten: τῷ non utendo τρόπῳ ῥητῷ καὶ ὡρισμένῳ χρόνῳ, ἅτινα πάντα περιέχεται διατάξει τοῦ ἡμετέρου βασιλέως [53]). Also per modum et tempus wird von Theophilus wiedergegeben durch: auf die gesagte Weise und in der festgesetzten Zeit, wie Alles die Verordnung bestimmt hat. Wo ist nun aber die Weise gesagt, oder die Zeit festgesetzt, als in der genannten const. 16? Sonach bleibt als Resultat: der Ususfructus geht non utendo nicht verloren, außer wenn dem Fructuar die Einrede der vollendeten zehn oder zwanzigjährigen libertatis usucapio entgegengesetzt werden kann.

Bei den Grunddienstbarkeiten muß man unterscheiden. Rusticae servitutes gehn durch bloßen zehn oder zwanzig Jahr hindurch nicht ausgeübten Gebrauch zu Grunde, urbanae servitutes in eben derselben Zeit, nur muß noch bei ihnen die libertatis usucapio, (in zehn oder zwanzig Jahren, wie beim Ususfructus) hinzutreten. Der Beweis dieses Satzes ist für das klassische Zeitalter der römischen Juristen sehr leicht aus fr. 6 De S. P. U. 8, 2 [54]) zu führen, und es fragt sich nur,

53) Wörtlich übersetzt: non utendo modo dicto et statuto tempore, quae omnia comprehenduntur constitutione nostri Imperatoris.

54) Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo; sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat.

wieviel daran die const. 13 C. de serv. 3, 34 geändert hat. Diese Verordnung steht in dem unverkennbarsten Zusammenhange mit der bereits viel besprochenen const. 16, und sie ist im Anfange ein durchaus nicht auf Vollständigkeit Anspruch machender Auszug aus derselben [55]), nicht etwa, wie es Thibaut [56]) anzunehmen scheint, eine declarativa interpretatio derselben. Justinian sagt hier, wie er zum Verluste des Ususfructus nicht mehr die kurze Zeitfrist von ein und zwei Jahren für genügend geachtet, sondern dafür zehn oder zwanzig Jahre substituirt habe, so wolle er, daß auch bei den Grunddienstbarkeiten nicht mehr zwei Jahre genügen, sondern daß hier, wie beim Ususfructus, erst zehn oder zwanzig Jahre die gesetzliche Zeit sein sollen [57]). Ganz unbezweifelt folgt hieraus, daß Justinian in dieser Constitution eine Neuerung für die Prädial-Servituten eingeführt habe, jedoch nur in einer einzigen Beziehung, hinsichtlich der Zeit des non uti. Statt des biennium hat er zehn oder zwanzig Jahre substituirt. Außerdem hat er nichts geändert. Denn I. Justinian

55) So wie z. B. c. 9 pr. C. de sec. nupt. 5, 9 eine kurze Wiederholung des Inhalts von c. 6 pr. C. eod. enthält.

56) Ueber Besitz und Verjährung §. 58 S. 152 und die bei ihm Note 2 angeführten Noodt und Hofacker.

57) Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus, huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium: ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes; ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, explosis differentiis.

gedenkt im Eingange der Constitution nur einer einfachen beim Ususfructus angewendeten Aenderung (Sicut ... spatium). Daher kann er auch, indem er nun eine Parallele zwischen den Grunddienstbarkeiten und den persönlichen Servituten zieht, diese nicht weiter als hinsichtlich der Zeit ziehn; und nur dieß thut er auch. Auch schließt er seine Verordnung damit, daß er sagt: während es früher einen Unterschied hinsichtlich der Zeit des Verlustes gab, und für Personal-Servituten bald ein Jahr, bald zwei Jahre galten, bei Prädialservituten stets zwei Jahre, so ist nun dieser Unterschied zwischen beiden Arten der Servituten getilgt. Bei allen nur vorkommenden Dienstbarkeiten gilt dieselbe Zeit. 2. Liest man die Worte: ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, wie man sie gewöhnlich gedruckt findet, daß zwischen amittantur und non biennio ein Komma sich findet, so muß man natürlich den Satz von ut ... amittantur für einen vollständigen und für sich bestehenden ansehn, und da er gerade der Hauptsatz ist, in diesen Worten auch die Hauptveränderung finden. Dieß führt denn aber auf eine ganz andere Erklärung, nach welcher nicht auf non biennio, sondern auf non utendo der Nachdruck gelegt wird. Da nämlich, wie gesagt, die rusticae servitutes schon non utendo, die urbanae dagegen erst durch hinzutretende libertatis usucapio verloren gingen, so müßten und könnten alsdann die Worte omnes servitutes non utendo amittantur entweder bedeuten: Beide Arten der Prädialservituten, die rusticae nicht bloß, sondern auch die urbanae, sollen schon non utendo verloren gehn; oder alle Servituten, sowohl alle Arten der Prädialservituten, als wie die persönlichen Servituten, sollen durch bloßen Nichtgebrauch verloren gehn. Diese zweite Erklärung, welche nach den Worten dieser Constitution eine vollkommen mögliche wäre,

ſtreitet aber gegen den bereits nachgewieſenen Inhalt der c. 16, und kann deshalb keinen Beſtand halten. Daß aber auch die erſte Erklärung nicht die richtige ſein kann, geht daraus hervor, daß Juſtinian vom Ususfructus hier nur ſagt, er habe die Zeiten, in welchen er erliſcht, verändert, und ſeiner zweiten Aenderung gar nicht gedenkt, ſo daß dieſer Nachſatz: ita... omnes servitutes non utendo amittantur, gar nicht eine Vergleichung mit dem frühern über den Ususfructus geäußerten Satz zuläßt, eine Vergleichung, die allerdings durch das Hinzufügen der unmittelbar folgenden Worte non biennio u. ſ. w. ſogleich zum Vorſchein kommt. Außerdem aber müſſen wir vor non biennio, wenn wir ſchon in den Worten bis amittantur den Hauptſatz finden, et quidem suppliren, und dann erſt in dieſem ſchleppenden Nachſatze den wahren Vergleichungspunkt mit dem Eingange der Conſtitution finden. Um dieſem Uebelſtande zu entgehn, iſt es daher nur nöthig, das Interpunktions-Zeichen, welches in den gewöhnlichen Ausgaben zwiſchen amittantur und non biennio ſteht, zu tilgen, indem auf ſolche Weiſe durchaus Vor- und Nachſatz bis aufs Einzelne mit einander in Harmonie kommt [58]). Sonach iſt denn in dieſer Verordnung nichts Neues weiter vorgeſchrieben, als die Dauer der Zeit. Ob bloßer Nichtgebrauch genüge, oder libertatis usucapio noch nöthig ſey, daran hat Juſtinian ausdrücklich Nichts geändert, und da noch außerdem neue Geſetze dem beſtehenden Rechte gemäß auszulegen ſind, ſo muß man gewiß auch nach dieſer Verordnung Juſtinians den Satz des alten Rechts, welcher rusticorum und urbanorum praediorum servitutes unterſcheidet, nicht verlaſſen.

58) So ſtimmen untereinander die Sätze: usumfructum, qui non utendo mit omnes servitutes non utendo amittantur; per biennium ... diminuebatur mit non biennio ..., annexae sunt, und sed ... spatium mit sed ... absentes.

Achtzehnte Abhandlung.

Ueber zwei Berechtigungen des Emphyteuta.

Mehrere Neuere [1]) behaupten unbedingt, daß der Emphyteuta das Recht habe, die Emphyteusis nur mit solchen Servituten zu beschweren, wodurch die Substanz des Gutes nicht deteriorirt wird. Auf diese Beschränkung wird weder in den Rechtsquellen hingewiesen, indem diese im Gegentheil theils bei der Emphyteusis und Superficies die Einräumung eines Ususfructus gestatten [2]), theils ganz allgemein das Recht, persönliche und Grunddienstbarkeiten zu bestellen, dem Superficiarius ein-

1) z. B. Thibaut Versuche Bd. II S. 307; Pandekten §. 631 Note 5; Glück Commentar Bd. 8 S. 399; Mackeldey Lehrbuch §. 296 N 2. Auch Wening gehört hierher, indem derselbe B. II §. 108 Note h in seinem Lehrbuche bei dem Rechte des Emphyteuta Servituten zu errichten, nur auf Thibaut sich beruft.

2) fr. 1 pr. D. quib. mod. usufr. 7, 4; fr. 1 §. 6 De superfic. 43, 18.

räumen [3]), und bekanntlich ja die Rechte Dieses und des Emphyteuta nicht von einander abweichen, so daß sehr häufig Stellen, die von der Superficies handeln, geradezu zum Beweise der Rechte des Emphyteuta angeführt werden [4]).

Diese Ansicht scheint keine gründliche Prüfung aushalten zu können. Denn die bei der Berechtigung des Emphyteuta aufgestellte Regel, daß er die Emphyteusis nicht deteriorire [5]), ist nur scheinbar entgegen, weil die Deterioration nach dem Ganzen, und nicht nach den einzelnen Theilen beurtheilt werden kann [6]). Ist daher eine Servitut auch von der Art, daß sie die Substanz des Gutes deteriorirt [7]), so kann der Emphyteuta doch, indem er alle übrigen Aecker und Wiesen in den höchstmöglichen Grad der Cultur bringt, und die etwa verfallenen Wirthschafts- und Wohn-Gebäude auf das Beste neu baut, dieser unvortheilhaften Servitut wegen, weder mit der Privationsklage, noch selbst nur auf Schadenersatz bei dem Rückfalle der Emphyteusis an den Eigenthümer, von Diesem belangt werden.

---

3) fr. 1 §. 9 D. eod.

4) So z. B. bei Gesterding Eigenthum S. 422 Note 13, der richtig ganz allgemein vom Emphyteuta sagt: er kann auch das Grundstück mit einer Servitut beschweren, mit einer dinglichen und mit einer persönlichen.

5) Novella 7 cap. 3 §. 2; Novella 120 cap. 8. Beide Novellen handeln nur von kirchlichen Emphyteusen, werden aber ganz übereinstimmend ausdehnend erklärt.

6) Thibaut a. a. O. S. 312.

7) Wie z. B. die Servitut, daß der Nachbar das Recht erlangt, Steine von seinem Acker auf des Nachbars Grenzen zu werfen. Thibaut a. a. O. S. 307.

Die Regel, welche wir ferner hin und wieder [8]) ausgesprochen finden, daß der Emphyteuta die auf die Emphyteusis verwendeten Meliorations-Kosten nicht vergütet verlangen kann, wird in den Quellen durchaus nirgends ausgesprochen, sondern ihr Gegentheil wird vielmehr überall vorausgesetzt. Denn nur zur Strafe des Emphyteuta, welcher die jährliche Abgabe zwei oder drei Jahre lang nicht zahlt, und deshalb verjagt wird, wird diesem das Recht abgesprochen, die gemachten Meliorationen ersetzt zu verlangen [9]). Wenn daher der emphyteuticarische Contract Nichts darüber aussagt, so wird der Emphyteuta in allen Fällen, wo sein Recht aufhört, mit Ausnahme der Privation, die auf die Cultur verwendeten Auslagen, nach allgemeinen Grundsätzen, beim Rückfalle der Emphyteusis an den Eigenthümer, zurückfordern können, insofern die Auslagen nicht etwa auf die bereits separirten Früchte gemacht sind, sondern eine Werthserhöhung des Gutes selbst bezweckt und erreicht haben [10]). In dem Falle ferner, wenn die Emphyteusis von einem non dominus eingeräumt wurde, den der Emphyteuta bona fide für den Eigenthümer hielt, entsteht die Frage, ob der Emphyteuta von dem dominus, wenn dieser mit der vindicatio aufgetreten ist, excipiendo Vergütung seiner Meliorationen fordern kann. Diese Frage

8) Z. B. bei Mackeldey Lehrbuch §. 297 Note b.

9) c. 2 C. de iure emphyteutico 4, 66; Novella 7 cap. 3 §. 2; Novella 120 cap. 8.

10) Zu weit geht hier Gesterding Eigenthum S. 443, wenn er die Behauptung aufstellt: Verbesserungen sind nach ihrem gegenwärtigen Werthe zu vergüten, selbst dann, wenn der Emphyteuta, wegen Verletzung seiner Pflichten, der Emphyteusis verlustig wird. Offenbar sind hiebei die in der vorigen Note angeführten Gesetze nicht berücksichtigt.

ist allerdings zu bejahen. Denn hier tritt theils die Regel ein: nemo cum alterius detrimento locupletior fieri potest, theils wird der Eintritt folgendes Rechtssatzes sich behaupten lassen, den Kori und Lengenn [11]) so ausdrücken: Hat Jemand auf eine fremde Sache Kosten aufgewendet, ohne die Absicht dadurch das Beste des Andern zu befördern, so steht ihm nach Verschiedenheit seines Verhältnisses zum Eigenthümer ein Anspruch zu auf Vergütung des nothwendigen oder nützlichen Aufwandes (ob versionem in rem).

Eine Unterstützung für die hier aufgestellte Ansicht kann auch darin gefunden werden, daß die Praxis sie zum Theil für richtig anerkennt [12]).

---

11) Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem gemeinen und sächsischen Civilrechte. Erster Theil. Dresden und Leipzig 1829. 8. N I. 4. c.

12) Glück Commentar Bd. 8 S. 547: »Was die auf das emphyteutische Gut verwandte Unkosten und Meliorationen anbetrifft, so versteht es sich zwar, daß er wegen solcher keine Vergütung erhalte, die er vermöge der ihm obliegenden Pflicht machte. Nach der Strenge des Rechts hätte er aber auch die verloren, die er ohne Schuldigkeit machte. (Hiec beruft sich Glück auf die, Note 2, genannten Novellen.) Allein die Praxis läßt eine Vergütung der letztern zu, ohne Rücksicht, die Emphyteusis möge durch Schuld des Emphyteuta, oder ohne dieselbe, ein Ende genommen haben.«

Neunzehnte Abhandlung.

Abweisung einer angeblichen speciellen gesetzlichen Hypothek und Aufstellung zweier übergangener.

Wir sind der Meinung, daß bei der gewöhnlichen Aufzählung der speciellen gesetzlichen Hypotheken ein Fall unrichtig, wenigstens unbewiesen, hierhergezählt werde, hingegen zwei andere Fälle mit Unrecht übergangen werden.

Unbewiesen und durchaus unbeweisbar erscheint die nicht seltene Behauptung [1]), daß Minderjährige im engern Sinne, d. h. die minores puberes ein Pfandrecht an den mit ihrem Gelde von einem Andern erworbenen Sachen haben. Die am häufigsten für diese Meinung angezogenen Stellen: fr. 7. pr. D. qui pot. in pign. 20, 4 [2]), fr. 3 pr. De rebus eor.

1) Meissner Vom stillschweigenden Pfandrechte §. 85, §. 87; Glück Commentar Bd. 19 S. 47, S. 288; Gesterding Pfandrecht S. 229; Wening Lehrbuch B. II §. 143; Hartitzsch Röm. Privatrecht S. 355.

2) Idemque est, et si ex nummis pupilli fuerit res comparata; Quare si duorum pupillorum nummis etc.

27, 9 [3]) und c. 6 C. de servo pignori 7, 8 [4]), sprechen ganz augenscheinlich nur von Pupillen, so daß aus ihnen nicht der mindeste Beweis, oder auch nur eine Vermuthung, für die gerügte Ansicht hergenommen werden könnte. Nur zwei Stellen, die aber, auffallend genug, viel seltener angeführt zu werden pflegen [5]): fr. 2 D quando ex facto 26, 9 [6]) und c. 3 C. arbitrium tutelae 5, 51 [7]), könnten für den ersten Augenblick eine scheinbare Bestätigung jener Ansicht enthalten, da in der ersten der curator neben dem tutor, in der zweiten gar der curator allein genannt wird. Aber hier hat schon

3) Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia fundus sit emtus? Et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum constitutionem Imperatoris nostri et Divi patris eius, ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus.

4) Si tutor tuus de pecunia tua... sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emtae... favore pupillorum etc.

5) Nur Glück a. a. O. S. 55, 56 hat sie unter den vielen in Note 1 angeführten Schriftstellern.

6) Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel praedia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam.

7) Si curator post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi pretium comparavit, elige, utrum malis in emtione negotium tibi eum gessisse; an quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere, secundum quae iudex tutelae iudicio redditus partem religionis implebit.

Löhr [8]) darauf aufmerksam gemacht, daß wegen der zuerst angeführten Digesten- und Codex-Fragmente, welche ausschließend nur von Pupillen handeln, auch diese Stellen füglich von einem curator pupilli verstanden werden können, wofür theils spricht, daß in keiner von beiden Stellen der minor genannt wird [9]), theils ferner, daß in der ersten Stelle es tutor vel curator heißt, Was offenbar nicht auf einen minor, sondern nur auf einen Pupillen gehn kann, theils endlich, daß in der zweiten Stelle von einem tutelae iudicio die Rede ist, was sich auch nur auf einen Pupillen beziehn kann. Allein eben deshalb, weil in beiden Stellen nur vom Pupillen gehandelt wird, glaubt sich Löhr a. a. O berechtigt, in diesen Stellen, wenigstens in der Digesten Stelle, einen Beweis für das Pfandrecht des Pupillen zu finden. Wiewohl nun unserer Behauptung, daß dem Minor kein gesetzliches Pfandrecht an der mit seinem Gelde erkauften Sache zustehe, diese Ansicht über die Stelle nicht hinderlich ist, so sind wir doch von einer andern Erklärung dieser Stelle überzeugt. Es glaubt nämlich Löhr, die utilis actio ad rem vindicandam durch die hypothecaria actio erklären zu müssen; allein es scheint doch viel natürlicher zu seyn, die utilis actio ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam für eine rei vindicatio und eine condictio anzusehn, die aber, weil die Contracte nicht auf des Mündels, sondern auf des Vormundes Namen concipirt waren [10]), nicht als

8) Magazin Bd. 4 S. 140, 141 Note 1.

9) In der ersten Stelle wird der Betheiligte durch eius, cuius negotia administrat tutor vel curator, in der zweiten gar nicht näher bezeichnet.

10) fr. 2 cit. Si tutor vel curator ... ipse stipulatus fuerit, vel praedia in nomen suum emerit.

eine directa, sondern als eine quasi cessa, eine utilis actio von dem Mündel angestellt werden muß [11]). Auch spricht gegen die Ansicht von Löhr, daß ja in dem einen hier aufgestellten Falle, wo der Vormund ein Darlehn auf seinen eigenen Namen mit des Mündels Gelde hingegeben hat, wenn Löhrs Ansicht richtig wäre, von einem nominis pignus die Rede seyn müßte, was nun aber nicht der Fall ist. Endlich stimmt mit unsrer Erklärung, daß es nämlich von dem Willen des Mündels abhänge, ganz in die Stelle des Vormunds als Creditor oder als Eigenthümer zu treten, die andere Stelle, die c. 3 C. arbitrium tutelae 5, 51 überein, wo der Fall — ein Vormund hat das zum Ankaufe eines Gutes deponirte, seinem Mündel gehörige, Geld zum Ankaufe eines Gutes für sich verwendet — dahin entschieden wird, daß der Mündel entweder in die Rechte des Vormundes als Käufer eintreten könne, oder das Geschäft als ein Darlehn betrachten, und von dem Vormunde das deponirte Capital mit den Zinsen zurückfordern könne.

Ein Argument für unsere Ansicht liegt vielleicht noch in fr. 52 pr. De peculio 15, 1, wo folgender Fall sich entschieden findet. Ein Sclav, der als Freier eine Vormundschaft geführt, und für den Pupillen einiges Geld ausgeliehn und anderes Geld deponirt hatte, wird als Sclav erkannt, und natürlich seine Tutel für ungiltig erklärt. Hier wird nun dem Pupillen gegen den Empfänger des Darlehns eine utilis

11) T. T. C. si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit 4, 50. Auch Wening (Archiv für civil. Praxis Bd. VI S. 150) gestattet dem Mündel hier eine rei vindicatio, freilich electiv mit der hypothecaria actio concurrirend. Günther principia §. 675 III ist ganz unserer Meinung.

actio [12]), und wegen der deponirten Geldsumme eine »vindicatio nummorum,« also eine rei vindicatio gegeben [13]).

Erklären wir auf diese Weise fr. 2 und c. 3 citt., so mag auch allerdings angenommen werden, daß in ihnen von Geschäften für einen Minor im engern Sinne die Rede ist; ein hypothecarisches Recht an den mit seinem Gelde erkauften Sachen findet sich durchaus nicht [14]). Die Behauptung einiger Juristen [15]), daß, wenn nicht der Vormund, sondern eine dritte Person, mit dem Gelde des Mündels sich eine Sache erkauft habe, in diesem Falle dem Mündel ein Pfandrecht erworben sey, ermangelt jedes Beweises. Offenbar muß auch hier ganz Dasselbe gelten, als wenn der Curator gehandelt hat, da die über ihn aufgestellten Grundsätze vollkommen mit den allgemeinen Rechtsregeln harmoniren [16]). So glauben wir die Nichtexistenz jener behaupteten speciellen Hypothek der Minores im Römischen Rechte nachgewiesen zu haben; und wir kommen zu der gelobten Aufstellung zweier neuer gesetzlicher specieller Hypotheken.

Der erste Fall ist dieser. Wenn Jemand ein Mehreren verpfändetes Grundstück kauft, mit der ausdrücklichen Bestim-

---

12) c. 2 Et si tutores tui, cum pecuniam pupillarem crederent, ipsi stipulati sunt, utilis actio tibi dabitur; c. 4 C. quando ex facto tut. 5, 39.

13) Höchst wahrscheinlich ist dieß eine utilis vindicatio, indem oft der Zusatz, daß die Klage eine utilis sey, sich nicht angegeben findet. Vergl. fr. 26 De reb. cred. 12, 1 mit fr. 2 D. quando ex facto 26, 9.

14) Vergl. überhaupt Glück Commentar Bd. 8 S. 159 ff.

15) Z. B. v. Bucher System des Civilrechts §. 161 Note 8.

16) Vergl. *A. de Buchholtz* Comm. qui potiores sint in pign. Regimonti 1829. 8. p. 40.

mung, daß der Verkäufer das empfangene Kaufgeld zur Abfindung der ersten Creditoren anwende (quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad priores creditores), und er dies wirklich gethan hat, so erhält der Käufer, insoweit diese Abfindung geschehen ist, jene ersten hypothekarischen Stellen [17]). Ein Pfandrecht ist hier unleugbar vorhanden (in ius eorum successisti), und doch war kein hypothecae pactum zwischen den beiden Contrahenten geschlossen; also kann es nur ein pignus, quod tacite contrahitur seyn, wie die Römer das gesetzliche Pfandrecht bezeichnen. Ein solches pactum abzuschließen, hat nur Derjenige nöthig, welcher ein Darlehn dem Pfandschuldner giebt, damit derselbe den ersten hypothekarischen Gläubiger abfindet. Denn ohne ein solches pactum rückt der Darleiher nicht in die Rechte des Pfandgläubigers ein. Dies beweist fr. 3 D. quae res pignori 20, 3 und in eben dieser Stelle wird hinzugefügt: quo casu emtoris causa melior efficietur, d. h. der Käufer des verpfändeten Grundstückes bedarf nicht des hypothekarischen Vertrages, um die Hypothek wirklich zu erlangen, sondern ihm steht unter den angegebenen Voraussetzungen die Hypothek schon den Gesetzen nach zu.

Der andere Fall, in welchem eine specielle gesetzliche Hypothek noch angenommen werden muß, ist die specielle Hypothek der Frau an ihren Dotalsachen, nicht bloß an denen,

17) c. 3 C. 8, 19 de his, qui in prior. cred. loc. succ. 8, 19 Si potiores creditores pecunii tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores: in ius eorum successisti; et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes. Vergl. Francke Civilistische Abhandlungen S. 124 und Jungenfeldt Das Pfandrecht an eigener Sache. Giessen 1827 S. 23.

die sie nach einer Taxe, sondern auch an denen, welche sie ohne Taxe dem Manne übergeben [18]), wenn sie nur überhaupt noch existiren [19]), und die Frau zur Zeit der Rückforderung (Concurs des Mannes oder Trennung der Ehe) das ihr zustehende Dotalrecht nicht etwa verwirkt hat. In der bekannten c. 30 C. de iure dotium 5, 12 gab Justinian unleugbar der Frau eine privilegirte specielle Hypothek an den Dotalsachen, und dies Gesetz ist auch später von ihm nicht aufgehoben. Denn in der c. un. §. 1 C. de rei ux act. 5, 13 gab er ein nicht privilegirtes allgemeines gesetzliches Pfandrecht den Frauen an dem ganzen Vermögen ihres Mannes wegen ihrer dos, und auf diese beiden Gesetze recurrirt Justinian in der c. 12 §. 1 C. qui pot. in pign. 8, 18 [20]). In dieser Verordnung wird aber jenes specielle privilegirte Pfandrecht gar nicht aufgehoben, sondern nur die universelle Hypothek der Frau mit einem gleichen Privilegio versehn [21]). Justinian sagt nämlich, die persönliche Dotalklage, die ex stipulatu actio, die im vorigen Jahre von ihm nur mit einer simplen gesetzlichen Hypothek versehen war, solle jetzt mit demsel-

18) c. 30 C. de iure dot. 5, 12 »sive aestimatae, sive inaestimatae sint.«

19) c. 30 C. eod. »si tamen exstant.«

20) quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus.

21) Ebendaselbst: sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores. Vielleicht ist Hartitzsch unserer Meinung, indem er Röm. Privatrecht S. 352, 353 sagt: Die Ehefrau hat ein gesetzliches Pfandrecht, wegen Zurückzahlung des eingebrachten Heirathsgutes »an dem Vermögen des Ehemannes, oder dessen, welcher zur Herausgabe verbunden, und an dem Gegenstande der dos selbst.«

ben Privilegio ausgestattet seyn, welches Justinian der Frau vor zwei Jahren in dem Falle gegeben hatte, daß die Dotalsachen noch vorhanden wären, wo sie also mit einer in rem actio auftreten konnte. Dieß letztere Recht, nach welchem sie die bevorzugte Hypothek an den Dotalsachen selbst ausüben durfte, scheint daher gar nicht aufgehoben zu sein, so daß die Frau demnach zwei gleich privilegirte Klagen haben kann, stets eine ex stipulatu actio mit einem Privilegium gegen das ganze Vermögen des Mannes, und außerdem, wenn die Dotalsachen noch in den Händen des Mannes sich befinden, eine vor allen darauf angewiesenen Pfandgläubigern privilegirte hypothecaria actio. Es concurriren in diesem Falle nun zwei Hypotheker der Frau, von denen sie die letztere, als die specielle, zuerst ausüben muß. Denn wenn gleich die Beschränkung der Willkühr des zu einer Universal- und Spezial-Hypothek berechtigten Pfandcreditors nur von Conventionalhypotheken ausgesprochen wird [22]), so ist doch wegen ihrer Natürlichkeit [23]) kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß sie nicht auch bei gesetzlichen Hypotheken gelte, und sie ist nur deshalb noch nicht in dieser Anwendung aufgestellt, weil es unsern Juristen an einem Beispiele für die Concurrenz eines gesetzlichen, speciellen und generellen, Pfandrechts zu Gunsten derselben Person fehlte.

---

22) c. 9 C. de distract. pign. 8, 28; c. 2 C. de pignoribus 8, 14.

23) Zimmern in Linde's, Marezoll's und Wening's Zeitschrift Bd. I S. 47.

Zwanzigste Abhandlung.

Beitrag zur Lehre von der Verpfändung, der in integrum restitutio, der Lehre von den Adventitien und dem SCtum Macedonianum.

Ist, sagt Justinian in der Novelle 115 (Cap. 3 §. 13), Jemand gefangen, so sollen seine nächsten Intestaterben oder seine in einem Testamente eingesetzten Erben, wenn sie bereits achtzehn Jahre [1]) alt sind, das Recht haben: si quis proprias pecunias non habuerit, mutuandi pecunias, et res mobiles vel immobiles supponendi, sive propriae ipsius sint, sive illius, qui in captivitate detinetur; quoniam in praedictis omnibus, quae pro captivorum redemtione data vel expensa probabuntur, contractus

1) Es ist dieß ein Fall der sogenannten plena pubertas, welcher in den Bemerkungen Dirksens (Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts S. 289 ff.) über diesen Ausdruck aufzuführen vergessen ist.

huiusmodi tanquam a persona suae potestatis et legitimae aetatis factos ita firmos esse decernimus. Hierin liegen nun folgende exorbitante Vorschriften:

1) Wenn Derjenige, welcher das Kapital aufnimmt, ein Kind des gefangenen Hausvaters ist, und gleichviel, diesen befreit, und dadurch postliminii iure demselben über sich die väterliche Gewalt wieder verschafft, oder seine kindliche Absicht nicht erreicht, so soll das darleihende Kind, wenn es nachher auf Rückgabe belangt wird, nicht mit der SCti Macedoniani exceptio sich schützen können, sondern ebenso zahlen müssen, als wäre es in keines väterlichen Gewalt gewesen [2]). Dieser Fall läßt sich nun freilich dem allgemeinen, in fr. 7 §. 12 De SCto Macedoniano 14, 6 (si acceperit pecuniam, et in rem patris vertit, cessat SCtum) ausgesprochenen Principe, auf welches mehrere Juristen [3]) hinweisen, unterordnen; allein folgender Fall läßt sich nur daraus erklären, daß die ganze Vorschrift zur Begünstigung der Gläubiger, und zwar darum eingeführt war, damit diese sich leichter dazu verstehen sollten, Geld zum Loskaufen des Gefangenen zu borgen. Wenn nämlich der Gefangene in seinem Testamente ein fremdes Hauskind eingesetzt hatte, und dieses nun, um den Testator zu retten, vielleicht wider den Willen seines Vaters Geld aufnahm, so kann es sich der Rückzahlung desselben nie durch Berufung auf das SCtum Macedonianum entziehn.

---

2) Auf diesen Inhalt der Novelle hat bereits Marezoll in seiner Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 2 S. 445 aufmerksam gemacht.

3) z. B. Glück Commentar Bd. 14 S. 333 ff; Bucher Recht der Forderungen §. 96 S. 340; Lang Lehrbuch §. 279.

2) Wenn derjenige testamentarische oder Intestaterbe, welcher den Gefangenen aus der Gefangenschaft befreien will, er sey so alt er wolle, nur nicht unter achtzehn Jahren, kein eigenes Vermögen hat, so soll derselbe das Recht haben, das Vermögen des Gefangenen (illius, qui in captivitate detinetur), also ein fremdes Vermögen, giltig zu verpfänden [4]; ohne daß er selbst zur Erbschaft gelangt, oder der Gefangene, zurückgekehrt, diese Verpfändung widerrufen könnte; sondern der Letztere soll gezwungen sein, wenn er zurückkehrt, die geschehene Verpfändung zu ratihabiren [5].

3) Ebenfalls ist in den angeführten Worten eine Ausnahme von der Regel enthalten, daß Kinder, während sie unter der väterlichen Gewalt stehn, über die Adventitien ohne Zustimmung des Vaters nicht disponiren können. Nämlich bereits achtzehnjährige Hauskinder sollen nach den angeführten Worten das Recht haben, Sachen zu verpfänden, die ihnen selbst gehören, also gewiß auch Sachen, die zu den Adventitien gezählt werden, weil ihnen ja die Proprietät daran zusteht [6]. Regelmäßig aber ist den Kindern die Verpfändung ihrer Adventitien verboten [7].

---

4) Auch auf diesen Punkt hat bereits Marezoll a. a. O. aufmerksam gemacht.

5) Nov. 115 cap. 3 §. 13 am Ende: necessitatem scilicet habentc eo, qui ex captivitate redierit, tales contractus ratos habere, et eis tanquam suis debitis obligari.

6) Diese Bestimmung der Novelle hat Marezoll a. a. O. übersehn.

7) c. 8 §. 5 C. de bonis, quae liberis 6, 61 Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus usufructus apud parentes constitutus est, ... neque citra voluntatem eorum, quorum in potesta-

4) Gesetzt endlich, es hat ein minderjähriger testamentarischer oder Intestaterbe des Gefangenen, bereits achtzehn Jahr alt, ein Darlehn aufgenommen, und dazu sein Vermögen verpfändet, so soll, wenn der Schuldner das geborgte Geld nicht zurückzahlen kann, der Gläubiger die verpfändeten Sachen gerade so, als gehörten sie einem Volljährigen verkaufen, ohne daß der Minderjährige sich auf Nichtigkeit des Geschäfts oder auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand berufen könnte [8]).

---

sunt, ulla licentia eis concedenda, dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare.

8) Jenes, wenn der Minderjährige ohne seinen Curator zuzuziehn, Dieses, wenn er, ohne einen Curator zu haben, das Geschäft contrahirt hatte. Vergl. über beide Fälle c. 3 C. de in int. rest. min. 2, 22.

Inhaltsangabe.

Erste Abhandlung.

Ueber die Eintheilung in res corporales und incorporales.

Res bedeutet Alles, was juristisches Interesse gewährt; vorzüglich Sachen als Objekte der Rechte und die Rechte selbst Note 1... Note 14. Die Eintheilung der res in corporales und incorporales geht auf eine Eintheilung der Rechte, nicht deren Objekte. Das Eigenthum wird nie mit ius, sondern mit corpus und res corporalis, im Gegensatze von ius bezeichnet. Note 15... Note 21. (Bedeutung von ius in fr. 9. De her. inst. 5, 3. Note 19); Ansichten der Neuern über Dasjenige, was zu den res incorporales gehört. Note 22... 28. Genera und quantitates sollen auch res incorporales sein. Note 29...31. Widerlegung dieser Ansicht. Begriff von genus und quantitas Note 35 ... 54. (Fr. 26. De cond. indeb. 12, 6 scheint corrumpirt Note 39. Der juristische Sprachgebrauch von quantitas ist von dem vulgären zu unterscheiden. Eine ähnliche Un-

terscheidung ist bei der Eintheilung in bewegliche und unbewegliche Sachen nöthig Note 45. Was ist legatum quantitatis? Note 48). Sachen sind nie bald körperlich, bald unkörperlich Note 55. Res, quae functionem recipiunt, kommen nur bei dos und mutui datio, nicht bei dem Commodat (Note 58) und bei dem quasi ususfructus vor. Note 56..60.

Zweite Abhandlung.

Ueber den Begriff der unbeweglichen Sachen.

Was man außer Grundstücken dahin rechnet, gehört nur zur causa der Immobilien, ohne selbst dadurch unbeweglich zu werden. (Bedeutung von portio im §. 7. I. de iure natur. 1, 2 Note 4.)

Dritte Abhandlung.

Ueber den Begriff der rerum universitas.

Die Neuern theilen alle Sachen in res singulae und rerum universitates, und die letztere in facti seu hominis und iuris universitas. Veranlassung zu dieser Eintheilung haben fr. 23 §. 5. De rei vind. 6, 1, (Note 2), fr. 30 pr. De A. vel A. P. 41, 2 (Note 3) und fr. 30 De usurp. 41, 3 gegeben. Ganz ähnlich mit diesem letzten Fragmente ist eine Stelle in Seneca Epistola CII. (Note 104.). Erklärung des fr. 30. cit. Note 5 ... 7. Die Ansicht Warnkönigs und seines Recensenten über die distantium rerum universitas wird zu widerlegen gesucht. Note 8 ... 14. Ansichten einiger Neuern über res singulae und rerum universitates Note 16.. 18. Römisch. Ansicht. Note 19... 26. Die iuris universitas ist keine species der corporalium rerum universitas Note 27 ... 34, sondern man muß singula iura und universitates iuris unterscheiden. Was könnte mit universitas facti bezeichnet werden? fr. 51. §. 1. D. locati 19, 2. — Nur iuris, nicht rerum universitates können juristische Personen bilden (Note 36). Begriff der iuris universitas. Note 38, 39. Unterschied zwischen rerum universitas, quantitas und genus. Note 40 ... 50. (Es giebt kein besonderes generale legatum.. Note 46).

Vierte Abhandlung.

Ueber die Theilbarkeit der Sachen und Rechte.

Die verschiedenen Ansichten der Neuern über sogenannte physische Theilbarkeit, werden mitgetheilt. Note 1 .. 8. Die Römer unterscheiden reelle und intellektuelle Theilung, aber nur bei Mobilien; fr. 8. De rei vind. 6, 1. Note 9 ... 12. Mobilien sind also zwar physisch, aber nicht römisch-rechtlich theilbar (Note 13). Als juristisch theilbare Sachen führen die Neuern nicht Sachen, sondern Rechte, Servituten, an. Alle Sachen sind juristisch theilbar. Note 14 ... 17. Juristische Theilbarkeit ist nur für Rechte von Interesse. Begriff der juristischen Theilbarkeit. Note 18. Welche Rechte sind juristisch theilbar oder untheilbar? Note 20 .. 45. (Emphyteusis, Superficies und Pfandrecht sind theilbar. Note 22.. 25. Die operarum obligatio ist theilbar. Fr. 72. pr. De V. O. 45, 1 wird mit dieser Ansicht vereinigt Note 35.. 39. Auch die hereditas als Recht ist theilbar. Note 40 ... 45. Bedeutung von familia in fr. 32. De R. N. 23, 2. Note 42). Aemter gehören nicht hierher. Note 46, 47.

Fünfte Abhandlung.

Ueber die Eintheilung der Sachen in res futurae und praesentes.

Diese Eintheilung wird mit Unrecht in den Lehrbüchern des Römischen Rechts übergangen, da sich ihre Anwendung in den mannigfachsten rechtlichen Verhältnissen nachweisen läßt.

Sechste Abhandlung.

Ueber den Begriff des Römischen Wortes Accessio.

In der Bedeutung von Nebensache ist der Begriff nur negativ zu fassen. Note 1 .. 7. Accessio bedeutet aber nicht bloß eine Nebensache, sondern auch eine Nebenperson und ein Nebenrecht. Note 8 .. 15.

Siebente Abhandlung.

Ueber den Begriff der res nullius.

Die positive Bedeutung der res nullius ist der der res divini iuris gleich. Note 2, 3. Von den humani iuris res gehören hierher die res communes omnium, Note 6, die res publicae, Note 7, die res universitatis, Note 8, 9, und Sachen, die in keines Privatus Eigenthum stehn, aber darin stehn können. Zu diesen letztern gehören theils Sachen, die noch in Keines Eigenthum gestanden haben, oder aufgehört haben, mit oder ohne Willen des frühern Eigenthümers in dessen Eigenthume zu stehn, Note 10 .. 19. Der Ausdruck res derelictae ist unrömisch für res pro derelicto habitae, Note 13.

Achte Abhandlung.

Ueber den Begriff der iuris possessio.

Begriff der Neuern über iuris possessio s. Note 1 ... 3. Die Existenz der iuris possessio wird nachgewiesen. Note 6, 7. Der possidendi animus ist nicht identisch mit dem domini animus. Note 8 .. 11. Possessio schlechthin bedeutet nicht iuris, sondern corporis possessio. Wirkung jeder possessio sind Interdikte. Juristischen Besitz und Interdikte haben ist identisch. Der Pfandcreditor hat juristischen Besitz im eigenen Namen und corporis possessio. Note 13 .. 25. Ebenso der Emphyteuta (Note 26 .. 28) und der Superficiarius, ohne daß sie den Usukapionsbesitz des Eigenthümers ausschließen. Note 29 .. 49. Weniger wird in seinen Vortheilen, die der Besitz gewährt, der Eigenthümer beschränkt durch den Fructuar, dessen Besitz nicht corporis, sondern iuris possessio heißt. Note 50.. 69. Diese possessio ist natürlich mit einer rei detentio verknüpft, und daher hat der Fruktuar sowohl die iuris possessio als die damit nothwendig verbundene rei detentio im eigenen Namen. Note 70 .. 77. Den zu Grunddienstbarkeiten Berechtigten steht immer iuris possessio, wie dem Fruktuar, zu, aber diese ist nicht immer mit einer rei detentio verknüpft. Kommt eine solche aber vor, so steht diese detentio im eigenen Namen zu Note 78 .. 92. Quasi possessio ist nicht mit iuris possessio identisch, sondern bezeichnet einen minder vollkommenen juristischen Besitz des Servitutberechtigten, welcher zu weiter Nichts als zu Interdikten berechtigt. Note 95 .. 110. (Erklärung von fr. 23. §. 2. D. ex quib. caus. mai. 4, 6.

Note 97. ff. — Ulpians und Paulus Charakter scheint wegen ihrer notae ad Papinianum nicht lobenswerth. Note 98. — Erklärung von fr. 3. §. 17. De vi. 43, 16. Note 100. ff. — Erklärung von fr. 10. pr. D. si servitus 8, 4. Note 104 ff.) Wodurch unterscheidet sich der Fall, wenn der Usufruktuar seinen Ususfruktus verkauft, von dem Falle, wenn er ihn verpachtet? Note 111. Bei der Verpfändung des ususfructus findet nur quasi possessio Statt. Daher überträgt das Faustpfand nicht immer possessio, iuris oder corporis, schlechthin. Note 113.

Neunte Abhandlung.

Beitrag zur Lehre von den duplicia interdicta.

Die letzten Worte des fr. 2. §. 3. De interdictis 43, 1. werden von den Neuern übereinstimmend verworfen, ohne daß sich diese Ansicht auf irgend eine Handschrift stützt, allein aus dem Grunde, weil überall nur retinendae possessionis interdicta als duplicia citirt werden. Note 1..8. Jene letzten Worte sind aber zu vertheidigen. Denn es werden diese Interdikte überall nur beispielsweise genannt, und man kann auch adipiscendae possessionis interdicta, das quorum bonorum und quod legatorum interdictum, als duplicia anführen. Note 9..18. (Die Interdikte sind keine actiones im engern Sinne, weder in rem, noch in personam actiones, sondern extraordinariae actiones. Note 10). Drei Beispiele, aus fr. 1. §§. 2. 4. 5. D. si pars hered. 5, 4. entnommen, werden als Belege angeführt.

Zehnte Abhandlung.

Ueber die sogenannte confusio und commixtio.

Die gewöhnliche Ansicht über commixtio und confusio findet nicht bloß in Pomponius und Ulpianus — fr. 4. pr. §. 1, fr. 3. §. 2. De rei vind. 6, 1. — Gegner, sondern auch an Gajus fr. 7. §. 8. De adq. rer. dom. 41, 1. Ja aus der Vergleichung dieser letzten Stelle mit §. 27. I. de rer. div. 2, 1 geht hervor, daß selbst Justinian nicht den Unterschied zwischen confusio und commixtio machte, daß Jenes Vermischung flüssiger, dieses Vermengung trockner Stoffe bedeutet. Note 1..8. Eigenthum wird bei einseitiger oder zufälliger Mischung nur übertragen, wo die Stoffe sich durchdringen; verlieren die Substanzen

ihre Selbstständigkeit nicht, so wird das Eigenthum nicht alterirt. Note 9..11. Nur wenn eine neue species hervorgebracht ist, wird bei der einseitigen Mischung stets der Mischende Alleineigenthümer. Note 12..15. Specification ist nur vorhanden, wenn Jemand bloß fremde, nicht eigene und fremde, Stoffe vereinigt.

Eilfte Abhandlung.

Ueber die Unterbrechung der Verjährung durch litis contestatio.

Mehrere behaupten, die Eigenthumsverjährung werde durch litis contestatio unterbrochen. Note 1. Wirkungen der litis contestatio im Allgemeinen, Note 2..5, und besonders auf die usucapio des alten Rechts, welche durch die litis contestatio nicht unterbrochen wird, Note 7, 8, und auf die longi temporis praescriptio c. 10. C. de praescr. longi. 7, 33. Note 10; c. 2. C. eod. Note 11, 12; c. 10. C. de adq. et ret. poss. 7, 32. Note 13..15; c. 26. C. de rei vind. 3, 32. Note 16..22. Auf die longi temporis praescriptio hat die litis contestatio denselben Einfluß als auf die usucapio des ältern Rechts; also auf keinen Fall einen störenden Einfluß auf die usucapio des neuern Rechts. Der Beklagte ist nach der litis contestatio nicht durchaus dem malae fidei possessor gleich.

Zwölfte Abhandlung.

Beitrag zur Lehre vom Fruchterwerbe.

Die neueste Erklärung des fr. 4. §. 5. De usurp. 41, 3. wird mitgetheilt Note 1..5. Diese wird zu widerlegen und eine neue Erklärung aufzustellen versucht, Note 6..20, wodurch dieser sonst bedeutungslose Paragraph für die Savignysche Ansicht über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor von Bedeutung wird (Note 12). Die richtige Interpunktion der Stelle wird nachgewiesen. Note 21, 22.

Dreizehnte Abhandlung.

Bei welchen Rechtsgeschäften ist die rei venditae et traditae exceptio anwendbar.

Nicht bloß beim Kaufe kann diese Einrede Statt finden, sondern bei allen Geschäften, bei welchen der eine Contrahent ver

pflichtet ist, den ungestörten, beständigen Besitz und Gebrauch dem andern Contrahenten zu gewähren, die Leistung aber mit einer fremden Sache, deren Eigenthum er erst später erlangt, vollzogen hat; daher bei dem emphyteutischen Contracte, bei der Uebertragung der Superficies, bei der Societas particularis, beim Darlehn, beim Faustpfandkontrakte, beim Tausche, beim Suffragium, bei allen unbenannten Contracten, bei Stipulationen, die auf ein dare oder tradere gerichtet sind, bei der dos, der Schenkung, den Theilungsklagen, bei der noxae datio, der in solutum datio und beim Vergleiche.

Vierzehnte Abhandlung.

Ueber den Begriff der Servituten.

Der gewöhnliche Begriff, Note 1..8, ist zu weit. Der Begriff, welchen Löhr, Note 9, aufstellt, wird als mangelhaft darzustellen versucht, Note 10, 11, eben so der, welchen Wening-Ingenheim aufstellt. Note 12. Jeder positiv gefaßte Begriff muß Ausstellungen zulassen. Die cloacae servitus, die ne prospectui officiatur, und der aquaeductus können eben so gut urbanae als rusticae servitutes sein. Note 13. Im System sind die Servituten als letzte Art der iura in re aufzustellen. — Die allgemeinen Grundsätze, welche gewöhnlich für die Servituten aufgestellt werden, sind zu weit gefaßt, indem sie für alle sog. iura in re aliena passen. Note 15..23. (der dominus fundus ist keine juristische Person. Note 17).

Funfzehnte Abhandlung.

Ueber eine bei der habitatio behauptete Eigenthümlichkeit.

Daß in fr. 27. und 32. De donat. 39, 5 die Rede von einer habitatio ist, hat keinen Einfluß auf die darin enthaltenen Entscheidungen. Die Stellen sind verschieden nach dem Rechte zur Zeit ihrer Verfasser und nach dem Recht zur Zeit Justinians zu erklären. Damals galten die Schenkungen für widerruflich, weil sie per epistolam vollzogen waren (über eine pollicitatio per epistolam Note 9). Nur weil die eine Schenkung (fr. 27) remuneratorisch war, durfte die Schenkung nicht widerrufen wer-

den. Note 1 .. 13. Nach ihrer, vielleicht durch ein Versehn entstandenen, Aufnahme in das Corpus iuris muß man beide Stellen von der nicht insinuirten Schenkung solcher freier Wohnungen, deren jährlicher Werth mehr als 500 solidi betrug, entstehn.

Sechszehnte Abhandlung.

Die (servorum und animalium) operae gehn nicht auf die Erben über.

Das fr. 2. De usu et usufr. 33, 2 verstattet nur in einem einzigen Falle, wenn die habitatio legirt ist, und der Legatar vor dem dies cedens legati stirbt, daß die habitatio in der Person des Erben des Legatars beginnen kann. Note 1 .. 7. Der Erbe des Precisten muß augenblicklich, auch ungemahnt, das precarium herausgeben, widrigenfalls er in solvendi mora versetzt wird. Note 8 .. 12. Bei den animalium operae darf der Berechtigte nur den erlaubten Nutzen von dem Thiere ziehn. Note 13.

Siebzehnte Abhandlung.

Von der Aufhebung der Servituten.

Alle Servituten hören auf entweder durch den gänzlichen Untergang ihres Objekts (Note 3 .. 22), oder dadurch, daß sich das durch die Servitut beschränkte Eigenthum in ein freies verwandelt (Note 23 .. 58). Eine Einheilung, welche für die Aufhebung der Emphyteusis und Superficies ebenfalls am passendsten erscheint. Note 2. — fr. 12. D. quib. mod. usufr. 7, 4. Note 9, 10. — fr. 36. pr. De usufr. 7, 1. Note 11 .. 13. — fr. 14. pr. D. quemadm. serv. 8, 6. Note 15 .. 17. — fr. 20. §. 2. De S. P. U. 8, 2. Note 19 .. 22. — Die Regel im §. 4. I. de usufr. 2, 4. cum autem finitus fuerit totus usufructus, revertitur ad proprietatem läßt mehrere Ausnahmen zu. — Die habitatio geht durch magna capitis diminutio verloren. Note 26 .. 28. — Fr. 13. pr. De S. P. R. 8, 3. Note 30. — Die c. 16. §. 1. C. de usufr. 3, 33 und c. 13. C. de servitt. 3, 34 (die letztere richtig interpungirt) werden dahin erklärt, daß zwar alle Servituten durch Nichtgebrauch in 10 oder 20 Jahren erlöschen, aber die persönlichen und die urbanae servitutes nur, wenn noch libertatis usucapio hinzutritt. Note 49 .. 58. (Die Worte per modum et tempus im §. 3. J. de usufr. 2, 4 werden erläutert in Note 53).

Achtzehnte Abhandlung.

Ueber zwei Berechtigungen des Emphyteuta.

Der Emphyteuta kann jede selbst dem Gute schädliche Servitut bestellen, wenn er nur sonst das Gut cultivirt. Note 1 .. 7. Auch kann er, nur nicht in den Privationsfällen, seine Meliorationen vergütigt verlangen. Note 8 .. 12.

Neunzehnte Abhandlung.

Abweisung einer angeblich speciellen Hypothek und Aufstellung zweier übergangener.

Die minores puberes haben kein stillschweigendes Pfandrecht an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen. Fr. 7. pr. D. qui pot. in pign. 20, 4; fr. 3. pr. De reb. eor. 27, 9; c. 6. C. de servo pignori 7, 8. Note 1 .. 4. Vorzüglich werden fr. 2. D. quando ex facto 26, 9 und c. 3. C. arbitr. tut. 5, 51 erklärt Note 5 .. 16. Wenn Jemand ein mehreren verpfändetes Grundstück kauft, mit der Bestimmung, daß der Verkäufer das Kaufgeld zur Abfindung eines oder mehrerer Creditoren verwende, so erlangt der Käufer, so weit die Abfindung geschehn, das Pfandrecht der abgefundenen Creditoren, ohne ein hypothecae pactum einzugehn, und darum ist des Käufers hypotheca eine tacita. Note 17. Die Frau hat ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes wegen ihrer dos, aber außerdem ein specielles an ihren Dotalsachen. Note 28 .. 23.

Zwanzigste Abhandlung.

Beitrag zur Lehre von der Verpfändung, von der in integrum restitutio, der Lehre von den Adventitien, und dem SCtum Macedonianum.

Nach der Novelle 115. cap. 3. §. 13. ist in einem Falle die Verpfändung eines fremden Vermögens erlaubt, der Hausſohn darf in demselben sich nicht auf das SCtum Macedonianum berufen, er kann seine Adventitien gültig ohne des Vaters Zustimmung verpfänden, und der minor darf nicht auf in integrum restitutio oder auf Nichtigkeit eines ihn lädirenden Rechtsgeschäftes sich berufen.

Königsberg, gedruckt bei Conrad Paschke.

Um die Verbesserung folgender

Druckfehler

wird dringend gebeten.

S. 6 Z. 20 st. alle Sachen lies: alle Rechte.
S. 37 Note 15 Z. 1 st. bedeute lies: bedeutet.
S. 42 Z. 12 st. Rechte (Personen) lies: Rechte, (Personen).
S. 43 Z. 3 st. res lies: re sive.
S. 55 (nicht 51) Z. 4 st. quasipossessio lies: iuris possessio.
S. 60 Note 42 Z 3 st. die Erbschaftssachen lies: nur die Erbschaftssachen.
S. 66 Note 5 a. E. fehlt: werden die accessiones zuletzt gestellt.
S. 95 letzte Z. st. Nur lies: Nun.
S. 114 Z. 8 st. ihnen lies: ihn.
S. 128 Z. 9 das Wort: vorgetragen, ist zu tilgen.
S. 136 Z. 13 st. Ursche lies: Ursache.
S. 154 Z. 25 st. exceptae lies: exceptio.